RAFAEL WILLIAM RIBEIRINHO STURARI

MANDADO DE SEGURANÇA: AVANÇOS E RETROCESSOS TRAZIDOS PELA LEI 12.016/09

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO CARMONA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013

RAFAEL WILLIAM RIBEIRINHO STURARI

MANDADO DE SEGURANÇA: AVANÇOS E RETROCESSOS TRAZIDOS PELA LEI 12.016/09

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. CARLOS ALBERTO CARMONA

São Paulo

2013

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....5
2 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....7
2.1 Linhas gerais sobre o mandado de segurança.....7
2.2 Evolução legislativa.....25
2.3 A criação da nova lei do mandado de segurança.....40
2.4 Panorama da Lei 12.016/09.....53
3 AVANÇOS.....74
3.1 Adaptações, correções e alterações positivas de redação.....75
3.2 Legitimação.....80
3.2.1 Melhora dos termos utilizados no artigo 1º.....80
3.2.2 Impetração de mandado de segurança por pessoa jurídica de direito público.....82
3.2.3 Legitimados para a impetração de mandado de segurança: limitações 87
3.2.4 Habilitação de herdeiros..... 91
3.3 Inclusão da necessidade de dar-se ciência do feito à pessoa jurídica interessada.....93
3.3.1 As partes no mandado de segurança.....97
3.3.2 Consequências de equívocos na indicação da autoridade coatora ou da pessoa jurídica interessada: a “teoria da encampação”.....107
3.3.3 Assistência em mandado de segurança.....108
3.4 Competência.....110
3.4.1 Alterações de redação.....110
3.4.2 Autoridades consideradas federais: insuficiência do artigo 2º.....111
3.4.3 Incongruência com as demais normas que tratam das autoridades.114
3.4.4 Manutenção de critério legal equivocado para a definição da autoridade como federal.....116
3.4.5 Divisões de competência dentro da Justiça Federal.....122
3.4.6 Impetração de mandado de segurança por entes da Administração pública federal.....125

3.4.7 Os critérios atuais para a definição da competência: uma releitura da teoria de Castro Nunes.....127
3.5 Cumprimento de decisões em processos de mandado de segurança.....129
3.5.1 Definição das consequências do descumprimento.....134
3.5.2 Ausência de menção expressa às sanções processuais civis.....139
3.6 Menção expressa à aplicabilidade de artigos existentes no CPC.....143
3.6.1 A aplicação subsidiária do CPC.....145
3.6.2 Mandado de segurança em matéria penal, eleitoral e trabalhista: legislação processual aplicável.....152
4 RETROCESSOS.....159
4.1 A técnica legislativa e os novos problemas de redação.....159
4.2 Atos atacáveis por mandado de segurança: aumento dos problemas.....170
4.2.1 Menção ao descabimento de mandado de segurança contra “atos de gestão comercial”.....173
4.3 Processo eletrônico.....175
4.3.1 Os avanços tecnológicos e seus reflexos na legislação.....175
4.3.2 A urgência como requisito para a prática de atos por meio eletrônico.....180
4.3.3 Inaplicabilidade do §2º do artigo 4º.....181
4.4 Regulamentação do mandado de segurança coletivo.....182
4.4.1 Legitimação dos partidos políticos.....188
4.4.2 Legitimação dos sindicatos, entidades de classe e associações.....190
4.4.3 Liminar no mandado de segurança coletivo.....195
5 O FUTURO DA LEI 12.016/09: OS PROJETOS DE LEI PARA ALTERÁ-LA E A ADI PROPOSTA PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB.....200
6 CONCLUSÕES.....209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....213
RESUMO.....223
RIASSUNTO.....224

1

INTRODUÇÃO

Neste trabalho é feita uma análise dos principais avanços e dos principais retrocessos trazidos pela Lei 12.016/09, bem como de algumas das questões discutidas em processos de mandado de segurança que o legislador poderia ter regulamentado mas não o fez. Foram escolhidos alguns dentre os muitos tópicos relevantes passíveis de estudo, sem pretensão de esgotar a análise da matéria.

No segundo capítulo são trazidas considerações gerais sobre o mandado de segurança. São apresentados seu conceito, sua natureza jurídica e suas peculiaridades. Em seguida, são feitos breves comentários sobre sua evolução legislativa e sobre as razões que levaram à criação de uma nova lei para regulamentar o mandado de segurança. E no último item desse capítulo é traçado um panorama da Lei 12.016/09, mencionando-se as impressões a seu respeito e, de uma forma geral, se os objetivos do legislador ao elaborar uma nova lei para o mandado de segurança foram atingidos.

No terceiro capítulo trata-se de alguns dos avanços trazidos pela Lei 12.016/09. A qualificação de determinado tema como sendo um avanço teve por base uma comparação entre as normas da Lei 12.016/09 e as das leis que anteriormente o regulamentavam. Assim é que, por mais que a Lei 12.016/09 não tenha trazido reais inovações a respeito de determinado tema ou não tenha avançado o suficiente em certo ponto, tendo sido deixados de lado avanços doutrinários ou jurisprudenciais, será considerado que houve um avanço quando a atual regulamentação do tema for melhor que a regulamentação legal anterior. Paralelamente são analisados os pontos a respeito dos quais o legislador foi omisso.

Raciocínio análogo foi utilizado para o enquadramento de determinados temas como retrocessos, tratados no quarto capítulo: buscam-se os pontos em que a Lei 12.016/09 piorou a regulamentação do mandado de segurança, não apenas em relação à Lei 1.533/51 em relação às outras leis que se aplicavam ao mandado de segurança. E também são analisados alguns temas a respeito dos quais a Lei 12.016/09 é omissa.

No quinto capítulo são analisados alguns dos projetos de lei que versam sobre o mandado de segurança e, principalmente, a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB e que tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade de algumas das normas existentes na Lei 12.016/09.

2

CONSIDERAÇÕES GERAIS

2.1 Linhas gerais sobre o mandado de segurança – 2.2 Evolução legislativa – 2.3 A criação da nova lei do mandado de segurança – 2.4 Panorama da lei 12.016/09.

2.1 Linhas gerais sobre o mandado de segurança

O mandado de segurança é uma ação utilizada para proteger todos os direitos que não sejam protegidos por *habeas corpus* e *habeas data* e que tenham sido ilegalmente violados ou ameaçados de violação por parte de autoridades ou pessoas equiparadas a autoridade. Possui rito especial, caracterizado pela celeridade e pela impossibilidade de dilação probatória. Está previsto nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição Federal, dentre os direitos e garantias fundamentais, e é regulamentado pela Lei 12.016/09, a lei do mandado de segurança (LMS).

O mandado de segurança foi criado pela Constituição Federal de 1934 para suprir uma falha existente no ordenamento jurídico brasileiro (v. *infra*, item 2.2), sendo que, para que essa falha pudesse ser suprida, o seu procedimento foi dotado de diversas peculiaridades.

Como algumas dessas peculiaridades constam das normas legais que o estabelecem (CF, art. 5º, inc. LXIX, e LMS, art. 1º),[1] é comum que a definição de mandado de segurança feita em sede doutrinária se aproxime muito da definição legal.

[1]- Prevê-se no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal que "*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*". O artigo 1º da LMS tem texto praticamente idêntico, sendo apenas, em alguns pontos, mais específico que o texto constitucional: "*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*

Partem do texto legal para apresentar suas definições de mandado de segurança Castro Nunes,[2] Othon Sidou,[3] Alfredo Buzaid,[4] e Hely Lopes Meirelles,[5] apenas para citar alguns exemplos.

Quando de sua criação, eram três as principais características que o diferenciavam dos demais processos.

A primeira era a celeridade do procedimento. Não existe qualquer outro remédio judicial de tramitação tão rápida. O procedimento do mandado de segurança é mais concentrado que o procedimento sumário (CPC, arts. 275 a 281) e que o procedimento de ações que tramitam em Juizados Especiais (Leis 9.099/95 e 10.259/01), tanto em se considerando os atos processuais que podem ser praticados quanto as etapas do processo. Não há audiências em processos de mandado de segurança nem possibilidade de produção de provas que não sejam documentais e apresentadas juntamente com a primeira manifestação no processo. E, ainda, os processos de mandado de segurança têm prioridade na tramitação em relação a todos os demais, com exceção dos de *habeas corpus* (LMS, art. 20).

Assim é que, em regra, o procedimento será o seguinte: apresentação da petição inicial, que deve estar instruída com provas documentais dos fatos nela mencionados; notificação da autoridade para que preste informações e da pessoa jurídica interessada para

---

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".

[2]- "*O texto constitucional define o mandado de segurança por exclusão dos casos em que caiba o* habeas corpus*. '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' "* (José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, p. 27). O autor cita o texto do §24 do artigo 141 da Constituição Federal de 1946, que previa o mandado de segurança.

[3]- Depois de transcrever integralmente as normas legais que previam o mandado de segurança nas Constituições federais de 1934 e de 1946, conclui que esses textos "*deixaram ao legislador ordinário e à técnica do processo a mais ampla faculdade disciplinadora, desde que obedecidos os requisitos básicos: a) ameaça ou violação a direito certo e incontestável; b) ato oriundo de Poder público; c) ilegalidade dêsse ato; d) ser direito pessoal não amparado por* habeas corpus" (J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, p. 43).

[4]- "*O mandado de segurança individual é uma ação judiciária concedida para proteger direito líquido e certo, não amparado por* habeas corpus*, ou* habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém 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*" (Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual*, p. 3).

[5]- "*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, não amparado por* habeas corpus *ou* habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei n. 1.533/51, art. 1º)*" (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, pp. 25-26).

que, querendo, apresente sua defesa, sendo que todas as provas documentais devem ser apresentadas juntamente com essas manifestações; remessa dos autos ao Ministério Público para que, se for o caso, dê seu parecer; e proferimento de sentença.

Atualmente, portanto, o rito do mandado de segurança, considerando-se apenas sua instância originária, será semelhante ao de uma ação que tramite pelo rito ordinário e que seja julgada antecipadamente em razão de as questões a discutidas serem exclusivamente de direito (CPC, art. 330, inc. I). Mas nos tribunais não há outra ação judicial que possa substituí-lo com igual celeridade.

A segunda característica distintiva do mandado de segurança era o fato de se tratar de um contraponto à auto-executoriedade e à presunção de legalidade e constitucionalidade dos atos estatais, pois permite que os efeitos desses atos sejam imediatamente suspensos.[6] A esse respeito se tornou clássica uma frase de Luís Eulálio de Bueno Vidigal: "*O mandado de segurança é, para usar de uma metáfora, o antídoto dessas medidas e por ser uma contramedida de execução é que se denomina mandado de segurança*".[7] Por essa razão é comum que haja referência ao mandado de segurança como sendo um "remédio heróico", assim como ocorre com o *habeas corpus*.

Essas características dos atos estatais dão à Administração pública o poder de interferir diretamente na esfera jurídica dos particulares, não sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário.[8] Evidentemente, a recíproca não é verdadeira: por mais flagrante que seja a ilegalidade cometida pelo Estado e por maiores que sejam os danos causados pela ilegalidade, os cidadãos têm de ir ao Judiciário para que seus direitos sejam resguardados e têm de aguardar até que a tutela jurisdicional lhes seja definitivamente concedida.

Deve ser ressaltado que, quando o mandado de segurança foi criado, em 1934, sequer existia um código de processo civil. E poucas eram as ações que admitiam a concessão de liminares. O mandado de segurança, ao permitir a suspensão liminar do ato impugnado, era, por excelência, a medida judicial a ser utilizada para atacar atos estatais.

---

[6]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 1-2. Cássio Scarpinella Bueno menciona que o agigantamento do Estado levou a uma maior intervenção deste na esfera de direitos dos particulares, o que gerou a necessidade de criação de novos instrumentos jurídicos, mais eficazes que os anteriores, para a defesa desses direitos (Cássio Scarpinella Bueno, *Liminar em Mandado de Segurança – Um Tema com Variações*, p. 63).

[7]- Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Mandado de Segurança*, p. 199.

[8]- *Cf.* José Ignácio Botelho de Mesquita, *Do Mandado de Segurança*, in Temas, Estudos e Pareceres de Processo Civil, v. 3, pp. 64-65. No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno, *Liminar em Mandado de Segurança*, pp. 67-69.

Atualmente, entretanto, existe a possibilidade de concessão de liminar em qualquer ação (CPC, arts. 273, 461 e 798), não se tratando de uma característica distintiva do mandado de segurança.

A terceira característica distintiva do mandado de segurança era (e é) a forma de cumprimento de decisões favoráveis ao impetrante. Proferida a decisão que defere a liminar ou concede a segurança[9] há imediato envio dessa decisão à autoridade, que deve cumpri-la imediatamente ou no prazo fixado pelo juiz. Não é necessário pedido do impetrante para que a autoridade esteja obrigada a cumprir a decisão (v. *infra*, item 3.5).

Essas três peculiaridades do mandado de segurança foram apontadas como suas vantagens. Manifestou-se nesse sentido Seabra Fagundes[10] em 1950 e, ao longo do tempo, seguiram essa mesma linha diversos outros juristas.[11] Mas essas peculiaridades do mandado de segurança, que o distinguiam das demais ações, geraram dúvidas sobre sua natureza jurídica, tendo havido muita discussão a respeito de se tratar ou não de uma ação.[12]

Escapa ao âmbito deste trabalho analisar em detalhes as diversas teorias que foram formuladas ao longo do tempo sobre a natureza jurídica do mandado de segurança. Apenas se ressalta que eram muitos comuns as referências ao mandado de segurança como tendo natureza jurídica de remédio.[13] Celso Agrícola Barbi demonstra que a distinção entre ações e remédios remonta ao direito medieval,[14] mas já há algum tempo encontra-se nos dicionários de língua portuguesa o significado jurídico da palavra remédio, que não

---

[9]- Tornou-se corriqueiro, quando se trata de mandado de segurança, fazer uso de expressões sinônimas a julgar procedente ou julgar improcedente a demanda. É comum, em sede doutrinária e jurisprudencial, encontrar-se as expressões "conceder" (julgar procedente) e "negar" ou "denegar" (julgar improcedente) a "segurança", o "mandado", o "mandado de segurança", o "*mandamus*" ou o "*writ of mandamus*" (a demanda).

[10]- Em 1950 Seabra Fagundes afirmou que "*Três caracteres principais distinguem o mandado de segurança como remédio extraordinário: a) a natureza das situações jurydicas a cujo amparo êle se destina; b) a maneira por que atua, no sentido de realizar essa proteção; e c) a rapidez do rito processual, que o rege.*" (Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 349).

[11]- Arruda Alvim, *Mandado de Segurança*, p. 346. Arruda Alvim também considera com uma das vantagens do mandado de segurança "*a ausência de fase probatória*", o que está diretamente ligado à celeridade do procedimento.

[12]- V., a respeito das discussões jurisprudenciais sobre a natureza jurídica desse remédio, Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 309-311, esp. as notas de rodapé, e José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, pp. 18-20.

[13]- V., por todos, José da Silva Pacheco, *Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*, p. 101.

[14]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 42.

coincide com o significado que lhe era atribuído na Idade Média.[15] O mesmo ocorre nos dicionários jurídicos. Maria Helena Diniz afirma que o significado jurídico da palavra remédio é "*meio ou expediente para atingir a consecução de uma finalidade jurídica;*" ou "*medida para reparar prejuízo ou restabelecer a ordem ou uma situação*".[16] Portanto, e considerando-se que os dicionários são um registro do uso corrente da língua, a palavra remédio adquiriu um significado jurídico próprio no direito brasileiro, sendo um gênero que engloba todas as medidas jurídicas, ou seja, judiciais e extrajudiciais.

Por essas razões, é correto afirmar que o mandado de segurança é um remédio ou um remédio jurídico, pois estes são o gênero. Ainda, pode-se afirmar que o mandado de segurança é um remédio jurídico legal ou típico, em contraposição aos remédios jurídicos não previstos expressamente em lei ou atípicos, de construção doutrinária e jurisprudencial, como é o caso da chamada exceção de pré-executividade.

A despeito da grande divergência histórica a respeito da natureza jurídica do mandado de segurança, atualmente há entendimento doutrinário amplamente majoritário no sentido de o mandado de segurança possuir natureza jurídica de ação. Como exemplos podem ser citados os entendimentos de Seabra Fagundes,[17] Castro Nunes,[18] Luís Eulálio de Bueno Vidigal,[19] Alfredo Buzaid,[20] Hely Lopes Meirelles,[21] José Cretella Júnior.[22] E é digna de nota a posição de Botelho de Mesquita, que deixou de considerar o mandado de segurança como uma ação para poder adequá-lo a dois entendimentos: a não-formação de coisa julgada material em processos de mandado de segurança mesmo quando o mérito

---

[15]- No *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* consta o significado jurídico de remédio, que seria "*medida que repara um dano ou restabelece relação jurídica interrompida*" (p. 2.424, significado número 6 da palavra remédio). Embora não seja uma definição tecnicamente correta, sua presença em um dicionário de língua portuguesa, que tem por função registrar o uso da língua, demonstra que atualmente a palavra remédio tem um significado jurídico diferente do que possuía na Idade Média.

[16]- Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, vol. 4, p. 126. Na mesma obra são também apresentadas as definições de "remédio jurídico" ("*1. Meio utilizado para fazer atuar o direito objetivo e restabelecer a ordem jurídica. 2. Medida que tem por escopo a composição de interesses conflitantes. 3. Meio previsto em norma jurídica para reparar um dano.*") e "remédio legal" ("*Medida prevista em lei, que é idônea para aplicar a norma a um caso concreto, restabelecendo a relação jurídica ameaçada ou violada, e compondo o litígio*") (Idem, ibidem, pp. 126-127).

[17]- Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 309-312, especialmente a nota de rodapé (1).

[18]- Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, pp. 54-55. Também há menção ao fato de o mandado de segurança ser uma garantia constitucional, o que não exclui sua classificação como ação.

[19]- Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da Imutabilidade dos Julgados que Concedem Mandado de Segurança*, pp. 85-86 e 188.

[20]- Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, vol. I, p. 70.

[21]- Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, p. 35.

[22]- José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 13.

da causa é apreciado (entendimento então corrente, mas hoje superado) e à possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial.[23]

A despeito de ser praticamente pacífico o entendimento de o mandado de segurança ter natureza jurídica de ação, são muitas as opiniões diferentes sobre qual seria a espécie de ação na qual o mandado de segurança se enquadraria.[24]

É conhecidíssima a classificação quinária das ações, proposta por Pontes de Miranda. Para ele, as ações seriam divididas em declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais, sendo a ação mandamental "*aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda*".[25] O mandado de segurança seria uma típica ação mandamental.

Por sua vez, Luís Eulálio de Bueno Vidigal defende que se trata de uma ação de conhecimento, podendo ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o caso.[26] Leonardo Greco segue essa posição, acrescentando que o processo de mandado de segurança sempre terá um procedimento sumário documental.[27] Há, ainda, grande divergência doutrinária a esse respeito.[28]

O fato é que, em termos práticos, classificar o mandado de segurança como ação mandamental ou não-mandamental não tem maior relevância. Mas é relevante seu enquadramento como sendo uma garantia constitucional (e não como um direito

---

[23]- José Ignácio Botelho de Mesquita, *O Mandado de Segurança: Contribuição para o seu Estudo*, pp. 80-81 e 86-88.

[24]- Sobre as discussões a respeito da classificação das ações que eram travadas em meados do século XX, v. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da Imutabilidade dos Julgados que Concedem Mandado de Segurança*, pp. 89-96. Celso Agrícola Barbi também apresenta várias das opiniões sobre o tema (*Do Mandado de Segurança*, pp. 42-43) e conclui que se trata de uma ação de cognição, mas que é exercida por meio de procedimento especial (*Idem*, p. 46). Também defende ser uma ação de cognição Carlos Alberto Menezes Direito (*Manual do Mandado de Segurança*, pp. 17-21). Castro Nunes, por sua vez, considera o mandado de segurança uma garantia constitucional de caráter executório (*Do Mandado de Segurança*, pp. 54-55). Othon Sidou defende que o mandado de segurança é um interdito (J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, pp. 30-31); e para Arruda Alvim trata-se de um desdobramento do *habeas corpus*, destinado à defesa de direitos não ligados ao direito penal (Arruda Alvim, *Revogação da Medida Liminar em Mandado de Segurança*, p. 362).

[25]- Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado das Ações, Tomo VI – Ações Mandamentais*, p. 3.

[26]- Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da Imutabilidade dos Julgados que Concedem Mandado de Segurança*, p. 130.

[27]- Leonardo Greco, *Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*, pp. 65-66.

[28]- V., por todos, Fabrizio Camerini, *Teoria Geral da Tutela Mandamental – Conceituação e Aplicação*, pp. 27-34.

constitucional),[29] independentemente de se considerar se essa classificação integra ou não a natureza jurídica do mandado de segurança.[30]

A definição do mandado de segurança como garantia constitucional tem relevância para fins de interpretação das normas que o regulamentam. Consolidou-se o entendimento de que as normas referentes a todas as garantias constitucionais devem ser interpretadas de forma a conferir-lhes máxima eficácia. Por consequência, a aplicação desse entendimento ao mandado de segurança faz com que, em havendo dúvidas sobre a interpretação a ser conferida às normas que o disciplinam sempre deva prevalecer a corrente de pensamento que lhes confira maior efetividade.[31]

Entretanto, não pode ser aceita a afirmação, extremamente comum, de que o fato de o mandado de segurança ser uma garantia constitucional, estando previsto uma cláusula pétrea, em um dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal e dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, impediria toda e qualquer limitação à sua utilização.[32]

Afinal, é aceito, de forma geral, que nenhum direito é absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais.[33] E mesmo dentre aqueles que consideram impossível restringir ou limitar, propriamente, direitos fundamentais, admite-se que o exercício desses direitos seja delimitado.[34]

---

[29]- De uma forma geral, distinguem-se os direitos das garantias constitucionais afirmando-se que aqueles são declarados na Constituição, que lhes imprime existência, enquanto estas são meios de assegurá-los. Mas se trata de uma distinção que muitas vezes é tênue (V., por todos, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 185-188).

[30]- Leonardo Greco considera que essa definição não considera a essência do mandado de segurança, mas apenas sua forma, defendendo que "*Efetivamente, a Constituição insere o mandado de segurança entre as 'garantias individuais' (...). (...) embora a Constituição tenha fixado pressupostos muito claros para o mandado de segurança, não o definiu pela essência. De pouco serve para desvendar esse mistério a afirmação de que é uma garantia, mera aparência sob a qual se esconde sua essência processual.*" (Leonardo Greco, *Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*, pp. 39-40)

[31]- Nas palavras de Sergio Ferraz: "*como, há um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro*" (Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 19).

[32]- Apenas como exemplo, citem-se as palavras de Lucon: "*(...) o remédio constitucional previsto nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal não pode sofrer limitações nem mesmo por lei*" (Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Aspectos Polêmicos da Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/09*, p. 126).

[33]- A respeito das teorias de limitação dos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*, esp. pp. 131-214.

[34]- Cf. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*, pp. 501-502.

Considerar que toda e qualquer limitação ou delimitação do exercício de direitos e garantias fundamentais é inconstitucional coloca em xeque a própria existência de um procedimento para o mandado de segurança, tendo em vista que no procedimento dessa ação são trazidas regras a serem observadas, que delimitam a forma de exercício do mandado de segurança, e que não estão na Constituição Federal.

Adotar-se a interpretação de que é inconstitucional toda e qualquer limitação imposta ao mandado de segurança que não esteja expressamente prevista na Constituição Federal, levaria à conclusão de que muitas das normas existentes na lei do mandado de segurança são inconstitucionais. Sob esse ângulo, são constitucionais, apenas, a vedação à sua utilização para a defesa de direitos protegidos por *habeas corpus* ou *habeas data*; a restrição de seu âmbito de cognição, pois se menciona no artigo 5º, inc. LXIX, que o mandado de segurança se presta à defesa de "direito líquido e certo"; a feita acerca das pessoas que podem ter seus atos impugnados – as autoridades públicas e os agentes de pessoas jurídicas no exercício de atribuições do Poder Público; e as restrições ao mandado de segurança coletivo que estejam no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal e que sejam perfeitamente claras (v. *infra*, item 4.4), pois em caso de dúvida a respeito da interpretação a ser conferida a essas restrições deve prevalecer o entendimento de que elas simplesmente não existem. Todas as outras restrições serão inconstitucionais.

Consequentemente, adotando-se essa linha, serão considerados inconstitucionais os seguintes artigos da LMS: o §2º do artigo 1º, que impede a utilização de mandado de segurança para impugnar atos de "gestão comercial"; o parágrafo único do artigo 3º, que limita o prazo para o exercício do direito de impetração em nome de terceiro; o artigo 5º, integralmente, que traz hipóteses de não-cabimento de mandado de segurança não previstas na Constituição Federal; o artigo 6º, *caput*, que estabelece requisitos para a petição inicial, também não previstos na CF, e o §5º desse mesmo artigo, que ao incorporar o artigo 267 do CPC traz hipóteses de extinção da ação sem julgamento do mérito que não são a ausência de "direito líquido e certo" e a não-impugnação de ato de autoridade; parte do *caput* do artigo 10, por fazer referência a hipóteses de indeferimento da inicial que não as constitucionais, e seu §2º, por trazer restrição inexistente na CF; os §§3º e 4º do artigo 14, pelo mesmo motivo; o artigo 15, integralmente; o artigo 21, em todas as partes em que traz limitações não previstas no inciso LXX do artigo 5º da CF; o artigo 22, integralmente, pois não há na Constituição Federal restrições ao alcance da coisa julgada formada em mandado de segurança coletivo; e os artigos 23 e 25 – embora, nesse último caso, seja possível se

considerar a norma constitucional se a vedação a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência se estender apenas ao impetrante. Já o artigo 7º, inciso III e §§2º e 5º, o artigo 8º, seriam inconstitucionais por violação ao inciso XXXV do artigo 5º da CF. Além disso, poderiam ser consideradas inconstitucionais todas as limitações e delimitações do direito de recorrer, para ficar em apenas mais um exemplo. Como se nota, essa interpretação beira o absurdo.

Por todas essas razões, embora o mandado de segurança seja uma garantia constitucional e apesar de essa característica tornar necessária a interpretação de suas normas de forma a conferir-lhes máxima efetividade, não são inconstitucionais as normas que estabelecem o seu procedimento, ou seja, que delimitam a forma de utilização do mandado de segurança.

Apresentadas as características consideradas como sendo as distintivas do mandado de segurança, as discussões sobre sua natureza jurídica e a forma de interpretação de suas normas, passa a ser preciso traçar, em linhas gerais, as demais especificidades da ação de mandado de segurança, que não se esgotam nas três características acima mencionadas. Apesar de nem todas essas peculiaridades serem exclusivas dos processos de mandado de segurança, em nenhum outro todas elas estão reunidas.

As diferenças começam a forma de definição dos direitos que podem ser defendidos por meio de mandado de segurança, que é feita por exclusão, de forma residual.

Desde sua criação foi feita uma comparação com o *habeas corpus*: este é reservado para a defesa da liberdade de locomoção e o mandado de segurança para todos os demais direitos. Por esse motivo, José Cretella Júnior considera o *habeas corpus* uma espécie do gênero mandado de segurança.[35] Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram também excluídos os direitos defendidos por *habeas data* (criado pela CF 88) do âmbito de direitos que podem ser protegidos por mandado de segurança.

Outra peculiaridade diz respeito à legitimação para a propositura de mandado de segurança. A princípio, a legitimação para a propositura do mandado de segurança

[35]- José Cretella Júnior, *Comentários às Leis do Mandado de Segurança*, p. 18. Em relação à Constituição Federal de 1934, que não traz menção expressa ao cabimento de mandado de segurança para a defesa de direitos não amparados por *habeas corpus*, afirma que "*Na Constituição de 1934, a* definição residual *é indireta, porque, no mesmo artigo, não se exclui o* habeas corpus*. A exclusão, entretanto, acha-se no inciso 23, que completa o inciso 33 do art. 113, daquela Constituição*." (Idem, ibidem).

"individual" é igual à legitimação para a propositura de qualquer outra ação: qualquer pessoa física ou jurídica e qualquer ente despersonalizado, desde que dotado de capacidade judiciária, pode impetrar mandado de segurança (v. *infra*, item 3.2).

No entanto, o mandado de segurança individual tem duas características em relação à legitimação que o diferem das demais ações. A primeira é que, nos casos em que o direito violado couber a várias pessoas, é possível que qualquer uma delas proponha a ação (LMS, art. 1º, §3º). A segunda é possibilidade de um terceiro, que não tenha direitos violados diretamente, mas cujos direitos decorram do direito de outra pessoa e que tenha sido violados, notificar o titular do direito violado, solicitando a este que impetre mandado de segurança, no prazo de trinta dias. Caso o titular do direito permaneça inerte, o terceiro passa a ser legitimado para a impetração (LMS, art. 3º).

Já o mandado de segurança coletivo sempre será impetrado em defesa de direitos de terceiros, que serão representados pelo impetrante. Pode haver a defesa de direitos da totalidade ou de parte daqueles que são representados extrajudicialmente pelo impetrante. E é pacífica a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos e de direitos coletivos. Entretanto, discute-se a possibilidade de defesa de direitos difusos, pois não existe menção a esse respeito da LMS (v. *infra*, item 4.4).

Há também peculiaridades no que toca ao pólo passivo da demanda. Como regra, havendo violação a direito ato de uma pessoa que está agindo em nome de outra, a demanda deve ser proposta em face da pessoa que é representada. O ato que viola direito é considerado como tendo sido praticado pelo representado, e não pelo representante. Assim, o representante – como regra – não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo.

Entretanto, nos processos de mandado de segurança a impetração é feita em face da pessoa que praticou o ato impugnado (a autoridade) e justamente em razão de o ato ter sido praticado no exercício de função pública, em nome de outra pessoa. Embora exista grande controvérsia a respeito de quem é o verdadeiro réu no processo de mandado de segurança (v. *infra*, item 3.3), é fato que existe apenas a possibilidade, e não a obrigatoriedade, de a pessoa jurídica interessada, isto é, a pessoa jurídica em nome de quem a autoridade praticou o ato impugnado, ingressar no feito (LMS, art. 7º, inc. II).

Por essa razão, processos com idênticos pedidos e idênticas causas de pedir terão pessoas distintas em seus pólos passivos, de acordo com a via processual escolhida pelo autor da causa. Em havendo opção por impetrar mandado de segurança, figurará no pólo passivo a autoridade que praticou o ato impugnado, havendo apenas necessidade de indicação da pessoa jurídica que integra, à qual está vinculada ou da qual exerce atribuições. Mas sendo escolhida qualquer outra via processual para a defesa do mesmo direito figurará no pólo passivo, obrigatoriamente, a pessoa jurídica representada, havendo apenas a possibilidade de inclusão da pessoa que praticou o ato quando preenchidas determinadas condições.[36]

O mandado de segurança também possui um critério único para a definição da competência da Justiça Federal. A regra geral é que a Justiça Federal é competente para julgar causas em que a União, autarquia federal ou empresa pública federal for parte (CF, art. 109, inc. I).[37] Mas, quando se trata de mandado de segurança, a competência da Justiça Federal é também definida pela natureza da função desempenhada pela autoridade que consta do pólo passivo, por força do disposto no inciso VIII do artigo 109 da Constituição Federal (v. *infra*, item 3.4).

A possibilidade de produção de provas em processos de mandado de segurança é limitada: não existe fase instrutória, são admissíveis somente provas documentais e todas as provas devem ser apresentadas na primeira oportunidade de manifestação no processo, não sendo admissível a juntada de documentos em momento posterior. Por essa razão, há discussão a respeito da existência de limitação à cognição em processos de mandado de segurança.[38] E é ônus do impetrante provar todas as alegações feitas na petição inicial (desde que, evidentemente, pertinentes à solução da controvérsia). A inexistência de provas acerca dos fatos narrados na inicial ou a existência de dúvidas a respeito da efetiva ocorrência desses fatos leva à denegação da segurança.

---

[36]- A pessoa que praticou o ato em nome de outra somente pode ser responsabilizada quando agir com dolo ou culpa. No que toca à possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes públicos, dispõe o artigo 37, §6º, da Constituição Federal que "*As pessoas jurídicas de direito público e as de as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.*".

[37]- Há diversos critérios para a definição da competência da Justiça Federal de primeira instância e dos Tribunais Regionais Federais, expostos nos artigos 108 e 109 da Constituição Federal. Entretanto, "*O critério central, responsável pela grande massa de causas da competência dessa Justiça, é a condição das pessoas, sendo ela competente para todas as causas em que figure como parte a União ou algumas de suas emanações mais diretas (art. 109, inc. I).*" (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 465).

[38]- V., por todos, Ricardo de Barros Leonel, *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, pp. 150-155.

Há matérias a respeito das quais é vedada a concessão de liminares (LMS, art. 7º, §2º), mas essa vedação não é exclusiva ao mandado de segurança, havendo normas semelhantes que se aplicam a todas as demandas propostas em face do Poder Público. O que importa é a matéria em discussão e a pessoa em face de quem a pretensão é veiculada, não a via processual utilizada. O que o mandado de segurança tem de exclusivo é a possibilidade de a medida liminar que for concedida poder perder sua eficácia em caso de inércia do impetrante em praticar os atos que lhe competem por mais de três dias (LMS, art. 8º).

Em relação ao mandado de segurança coletivo, a liminar somente pode ser concedida depois da oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada na causa (LMS, art. 22, §2º). Essa mesma restrição existe para as ações civis públicas (Lei 8.437/92, art. 2º). Contudo, esse requisito pode ser afastado diante de uma situação concreta, na qual seja constatado que sua observância possa causar lesão grave ou irreparável aos direitos dos representados na ação (v. *infra*, item 4.4.3).

Ainda no que toca a liminares, por muito tempo o mandado de segurança manteve uma característica única: a possibilidade de se requerer a "suspensão de segurança", ou seja, de ser apresentado um incidente processual que tem por objetivo suspender os efeitos da liminar concedida em mandado de segurança ou mesmo da sentença que julga procedente a ação. Inicialmente prevista no artigo 13 da Lei 191/36, a suspensão de segurança constou também do artigo 328 do CPC de 1939 e do artigo 13 da Lei 1.533/51, sendo atualmente disciplinada pelo artigo 15 da LMS. Mas atualmente existe a possibilidade de suspensão de qualquer liminar proferida contra o Poder Público.

Ainda há discussão a respeito da constitucionalidade desse remédio. Para Arruda Alvim, a intenção do legislador foi fazer prevalecer o interesse público em relação ao individual, permitindo-se que fosse suspensa uma decisão que favorecesse este em detrimento daquele, sendo constitucional a Lei 4.348/64 nos pontos em que permite a suspensão de segurança.[39] Marcelo Abelha Rodrigues adota posição semelhante, defendendo que se trata de uma prerrogativa da Fazenda Pública que está em consonância com a supremacia do interesse público sobre o privado, sendo constitucional, mas desde que respeitado o contraditório com o impetrante e que haja participação do Ministério Público. Entretanto, considera inconstitucionais os §§1º e 5º do artigo 15 da Lei 12.106/09,

[39]- Arruda Alvim, *Revogação da Medida Liminar em Mandado de Segurança*, pp. 377-378.

por considerar que concedem prerrogativas excessiva, incompatíveis com o princípio da isonomia.[40]

Todavia, a maior parte dos juristas que analisaram o tema considera a suspensão de segurança inconstitucional,[41] por violar o princípio da isonomia, limitar o direito de ação (do qual as liminares são inerentes) e liminar o mandado de segurança, criando restrição não existente na Constituição Federal, embora, cada vez mais, note-se uma conformidade com sua existência.[42] Mas o fato é que a suspensão de segurança existe desde 1936 e continua a existir em nosso ordenamento jurídico, sendo frequentemente utilizada.[43]

Outra particularidade do mandado de segurança é a existência de prazo de 120 dias para a impetração, contados da ciência do ato a ser impugnado (LMS, art. 23). Há muita discussão a respeito da natureza jurídica desse prazo: grande parte dos doutrinadores entende se trata de prazo decadencial, mas há quem defenda se tratar de prazo prescricional.[44] Pontes de Miranda adota uma posição singular, afirmando que se trata de prazo preclusivo de direito especial.[45] E Alfredo Buzaid defende que o prazo é extintivo de uma faculdade.[46] O fato é que, ultrapassado esse prazo, o mandado de segurança, se impetrado, não terá seu mérito apreciado, devendo o impetrante valer-se de outro remédio para pleitear seus direitos.

Também foi e é ainda discutida, em sede doutrinária, a constitucionalidade desse prazo, por se tratar de uma restrição ao mandado de segurança que não está prevista na

---

[40]- Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de Segurança*, pp. 121-122 e 126.
[41]- V., por todos, Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 360.
[42]- V., a esse respeito, *infra*, "O Futuro da Lei 12.016/09".
[43]- Cassio Scarpinella Bueno, ao analisar a suspensão de segurança e concluir que as normas a seu respeito são constitucionais, afirma que "*Não localizamos, aliás, qualquer decisão jurisdicional que deixasse de afastar sua incidência* [i. é, incidência da suspensão de segurança] *em um caso concreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade do instituto.*" (Cassio Scarpinella Bueno, *Liminar em Mandado de Segurança – Um Tema com Variações*, pp. 213-214).
[44]- Afirma Alfredo Buzaid que, embora o entendimento não seja pacífico, "*A generalidade dos autores sustenta, porém, que o prazo para impetrar mandado de segurança é de decadência e não de prescrição e, por isso, desde que iniciado, não se suspende nem se interrompe*" (*Do Prazo para Impetrar Mandado de Segurança*, p. 100).
[45]- Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, p. 212.
[46]- Alfredo Buzaid, *Do Prazo para Impetrar Mandado de Segurança*, p. 103.

Constituição Federal.[47] Contudo, em 2003 o STF editou súmula sobre o tema,[48] pacificando o entendimento jurisprudencial de ser essa norma constitucional.

Há outras duas especificidades em relação ao prazo para a impetração. A primeira é que há muito está pacificado o entendimento de que pedidos de reconsideração ou de revisão do ato administrativo que causou lesão a direito não interrompem esse prazo (STF, súmula 430).[49] E a segunda é que também há jurisprudência pacífica no sentido de não se aplicar o prazo de 120 dias para a impetração quando se trata de mandado de segurança contra omissão de autoridade, tendo em vista que esse prazo se renova continuamente enquanto houver a omissão,[50] ou de mandado de segurança preventivo, pois o prazo também se renova continuamente enquanto permanecer o risco de lesão a direito.[51]

Existe a necessidade de remessa dos autos ao Ministério Público (LMS, art. 12), mas não é obrigatória sua manifestação. O *Parquet* apenas atuará nos processos de mandado de segurança quanto a matéria em discussão for de interesse público.

O cumprimento da sentença que julga procedente a ação de mandado de segurança é também peculiar, como mencionado. Sem que seja necessária manifestação do impetrante a sentença é enviada à autoridade (LMS, art. 13), que deve cumpri-la imediatamente ou no prazo que o juiz assinalar. E, em caso de descumprimento, a autoridade está sujeita a sanções penais, administrativas e processuais civis (v. *infra*, item 3.5).

No tocante a recursos há, igualmente, particularidades do mandado de segurança. Tanto a autoridade quanto a pessoa jurídica interessada são legitimados a interpor recurso (LMS, art. 14, §2º). Não são cabíveis embargos infringentes (LMS, art. 25). Todos os recursos têm, como regra, apenas efeito devolutivo, sendo permitido o cumprimento provisório de sentença, exceto nas hipóteses em que é vedada a concessão de liminares, previstas no §2º do artigo 7º da LMS. E, nos casos de competência originária dos tribunais, o acórdão que denegar a segurança está sujeito a recurso ordinário, enquanto o acórdão concessivo deve ser atacado por meio de recursos especial e extraordinário (LMS, art. 18;

---

[47]- V, por todos, Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 222-227.
[48]- STF, súmula 632: "*É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança*".
[49]- STF, súmula 430: "*Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança*".
[50]- V., por todos, STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 31.213-PE, rel. Min. Laurita Vaz, j, 13.09.2011.
[51]- V., por todos, STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp. 1.115.711-RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.05.2012.

CPC, art. 539; CF, art. 102, inc. II, alínea "a", e art. 105, inc. II, alínea "b"), que têm hipóteses de interposição muito mais restritas.

O processo de mandado de segurança também possui regime peculiar no que toca à coisa julgada.

Dispõe o artigo 19 da LMS que, em não sendo apreciado o mérito do mandado de segurança, será possível ao impetrante efetuar o mesmo pedido por meio de ação própria. Tomado de forma isolada, esse artigo não aparenta criar qualquer diferença em relação aos demais processos. Afinal, a extinção de qualquer processo sem julgamento do mérito não impede a repropositura da demanda, desde que seja sanado o vício que levou a essa extinção, pois não se forma coisa julgada material (CPC, art. 268).[52]

No entanto, a redação dos artigos 15 e 16 da Lei 1.553/51 gerou discussão a respeito da possibilidade de sentenças que julgavam improcedentes ações de mandado de segurança fazerem ou não coisa julgada material. Isso porque constava do mencionado artigo 15 que "*A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais*".

O STF acabou por editar uma súmula a respeito do tema. Mas os problemas de redação dessa súmula, que a tornam pouco clara, fizeram com que o STF tivesse de repetidamente voltar a discutir o tema, criando jurisprudência sobre sua própria súmula. A redação da súmula 304 do STF é a seguinte: "*Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria*". Mas em nenhum momento se esclarece em quais casos não se formará coisa julgada nem se explica se a mencionada "decisão denegatória" é toda decisão que julga improcedente a ação ou somente aqueles que extinguem o processo sem julgamento do mérito.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que a sentença denegatória de mandado de segurança, mesmo que apreciasse o seu mérito, não formaria coisa julgada material, permitindo ao impetrante que propusesse a mesma

[52]- Tratando dos processos em geral, afirma Dinamarco: "*Como consequência de não conter juízo algum sobre a pretensão do autor, a sentença extintiva do processo sem julgamento do mérito não impede o autor de voltar a juízo, mediante outra iniciativa processual, apresentando outra vez aquela mesma pretensão e fazendo com isso instaurar um novo processo. (...) O que fica extinto é somente o processo, não o direito de ação e muito menos o direito material que eventualmente o autor tivesse.*" (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 184).

demanda (com mesma causa de pedir e mesmo pedido) pelas vias ordinárias. Somente a sentença concessiva da segurança faria coisa julgada material. Essa posição, no entanto, não prevaleceu, passando-se a considerar que a sentença denegatória, quando apreciasse o mérito da causa, forma coisa julgada material.[53]

O artigo 19 da LMS contém menção expressa a possibilidade de veiculação da mesma pretensão novamente somente nos casos em que não houver decisão sobre o mérito do mandado de segurança.

Mas mesmo com a redação do atual artigo 19 da LMS a situação do mandado de segurança se torna peculiar ao se constatar a possibilidade de denegação da segurança em razão da ausência de "direito líquido e certo", ou seja, de falta de provas dos fatos alegados na inicial.

Há discussão a respeito de se tratar de uma sentença que extingue o processo com ou sem julgamento do mérito. Defensores de se tratar de extinção sem julgamento do mérito partem da premissa de que o "direito líquido e certo" consiste em uma condição da ação. São exemplos de juristas que adotam essa posição Sergio Ferraz[54] e Cassio Scarpinella Bueno.[55] Já a outra corrente de pensamento defende que se tratar de uma sentença que extingue o processo com julgamento do mérito mas não forma coisa julgada material; tratar-se-ia de coisa julgada *secumdum eventum probationis*, porque somente caso existam provas de todos os fatos necessários para a compreensão da controvérsia e denegação da segurança é que se formará coisa julgada material. Em não havendo provas suficientes, o juiz extinguirá o mandado de segurança e remeterá o impetrante às vias

---

[53]- Cf. Arruda Alvim, *Mandado de Segurança*, pp. 349-350 e 355.

[54]- "*(...) no mandado de segurança o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último (na primeira face, como juízo provisório; na segunda, como objetivo da tutela jurisdicional). Assim, a sentença que negue, ou afirme, o direito líquido e certo realiza o próprio fim da ação; trata-se de uma decisão de mérito, que exaure o campo da indagação, próprio do mandado de segurança.*" Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 35.

[55]- "*Direito líquido e certo, pois, é condição da ação e não corresponde à existência de ilegalidade ou do abuso do poder, mas, apenas e tão-somente, a uma especial forma de demonstração desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança. Corresponde, pois, à adequação que faz parte do interesse de agir na escolha deste writ como a ação própria para os fins descritos na petição inicial. Trata-se, friso, de condição da ação do mandado de segurança, instituto de caráter nitidamente processual*" (Cassio Scapinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/6*, p. 17).

ordinárias, que são as adequadas para a realização da atividade probatória. Filia-se a esse corrente Candido Rangel Dinamarco.[56]

Mesmo no Superior Tribunal de Justiça há ainda divergência a esse respeito, havendo acórdãos em que se considerou que a ausência de prova pré-constituída dos fatos alegados na inicial gera extinção do processo sem julgamento do mérito, por se tratar de condição da ação,[57] e outros em que se defende nesses casos há julgamento de improcedência.[58] O entendimento majoritário do STJ é, contudo, no sentido de se tratar de uma condição da ação.

O ponto central é que se trata de uma divergência sem consequências práticas. Há entendimento pacífico de que denegada a segurança por ausência de "direito líquido e certo" não se formará coisa julgada material, sendo permitido ao impetrante propor nova demanda para discutir novamente os direitos alegados na inicial do mandado de segurança. E será até mesmo possível propor um novo mandado de segurança, caso ainda não esteja esgotado o prazo previsto no artigo 23 da LMS. Entretanto, em razão das confusões a respeito do significado da expressão "direito líquido e certo" é necessário analisar se efetivamente não houve apreciação do mérito do mandado de segurança.

Em relação à coisa julgada no mandado de segurança coletivo, há dois pontos a serem considerados: forma-se coisa julgada material apenas em relação aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante e somente para aqueles não tenham proposto mandado de segurança individual ou tenham desistido do mandado de segurança individual que tenham proposto no prazo de trinta dias, contados da ciência da impetração do mandado de segurança coletivo.

---

[56]- "*Negar a segurança por falta de liquidez-e-certeza é julgar improcedente a impetração, tal como se dá em qualquer processo quando o juiz julga improcedente a demanda por ausência de prova dos fatos constitutivos alegados pelo autor. Constitui um erro pensar que, só porque nesses casos a sentença não produz coisa julgada material (LMS, art. 15), tal decisão seja de carência de ação: a prova dos fatos não é condição dessa nem de nenhuma ação.*" (Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário do Processo Civil*, p. 182).

[57]- "*(...) correto o acórdão que extingue o mandado de segurança sem julgamento do mérito, ante a ausência de demonstração de direito líquido e certo, em face da não juntada de prova pré-constituída*" (STJ, 2ª Turma, RMS 34.715-PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.08.2011). No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, RMS 31.196-GO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.06.2010; STJ, 3ª Seção, MS 13.393-DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 10.06.2009.

[58]- "*O direito líquido e certo é requisito afeto ao mérito da pretensão. Conclusão lógica, portanto, se inexistente tal direito é o indeferimento do mandado de segurança e não a sua extinção sem julgamento do mérito.*". (STJ, 6ª Turma, RMS 17.009-PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.05.2009).

A penúltima peculiaridade do mandado de segurança é a respeito dos honorários de sucumbência, que, como regra, são devidos pela parte vencida no processo ao advogado da parte vencedora (CPC, art. 20, e Lei 8.906, art. 23). Tanto o STF (em 1963) quanto o STJ (em 1994) editaram súmulas a respeito do tema, consolidando o entendimento de não ser cabível a condenação em honorários de sucumbência em processos de mandado de segurança.[59]

O Supremo Tribunal Federal fundou sua orientação em vários argumentos: não haveria lide no mandado de segurança, pois a autoridade não se defende, apenas sustenta a correção do ato impugnado, de forma que não existiria base para a imposição de ônus da sucumbência; no *habeas corpus*, que tem natureza jurídica idêntica à do mandado de segurança, de garantia constitucional, também não há condenação ao pagamento de honorários de sucumbência; e não caberia a condenação em favor do representante judicial do Estado, que já é remunerado. O Superior Tribunal de Justiça, logo depois de sua criação, ensaiou uma mudança de orientação, havendo divergências a respeito desse tema.[60] No final, contudo, prevaleceu o mesmo entendimento defendido pelo STF, sendo o principal argumento para tanto a natureza do mandado de segurança, idêntica à do *habeas corpus*.[61]

Houve e há frequentes protestos dos juristas que analisam o tema a respeito dessa orientação.[62] Entretanto, esse entendimento, antes apenas jurisprudencial, foi positivado pela Lei 12.016/09, constando expressamente de seu artigo 25. E, cada vez mais, nota-se uma aceitação dessa orientação.[63]

---

[59]- STF, súmula 512: "*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.*". STJ, súmula 105: "*Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios*".

[60]- Cristiano Chaves de Farias, *Reafirmação do Cabimento dos Honorários Advocatícios em Sede Mandamental: (Mais) uma Prece por um Futuro Mais Digno*, pp. 224-225.

[61]- O entendimento foi consolidado no julgamento dos embargos de divergência no recurso especial 880-RS, julgado pela Corte Especial do STJ em 23 de setembro de 1993. Por 14 votos a 4, decidiu-se que não é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em processos de mandado de segurança. Foram também apresentados outros argumentos, além da natureza jurídica desse remédio, sendo lembrados os argumentos invocados pelo STF e acrescentada a dificuldade de condenação nos mandados de segurança contra atos judiciais. Depois desse julgamento foram julgados outros três embargos de divergência a respeito do tema, mas em todos passou a haver votação unânime no sentido de não ser cabível a condenação ao pagamento de honorários (v. EREsp 28.879-RJ, EREsp 18.649-RJ e EREsp 36.285-RS).

[62]- V., por todos, inclusive com indicação daqueles que defendem o contrário, Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 314-316.

[63]- Nesse sentido: Cristiano Chaves de Farias, *Reafirmação do Cabimento dos Honorários Advocatícios em Sede Mandamental: (Mais) uma Prece por um Futuro Mais Digno*, p. 226. Um dos juristas que recentemente mudou seu posicionamento a respeito do tema é Cassio Scarpinella Bueno. Em suas palavras:

2.2 Evolução legislativa

O mandado de segurança foi criado para preencher um vácuo existente no sistema processual para a proteção contra atos estatais.

Até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, não poderia existir um meio de controle adequado dos atos estatais ilegais, em especial dos atos do imperador, já que este não se submetia às leis. A monarquia era absolutista, de forma que ninguém ia ou podia ir contra as determinações do rei e os juízes eram subordinados a ele.[64] Assim, embora o artigo 179 da Constituição Federal de 1824 estabelecesse estarem garantidos os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, não havia ação judicial para proteger esses direitos quando violados por ato do Poder Público. Havia somente a possibilidade de se fazer uso do contencioso administrativo, quando preenchidas diversas condições.[65]

Apenas com a proclamação da República e a promulgação da Constituição Federal de 1891 o contencioso administrativo foi abolido, passando a ser de competência do Poder Judiciário o julgamento de todas as causas que envolviam particulares e a

---

"*Contrariamente ao que já escrevi, destarte, hoje me parece mais afinado com o espírito constitucional do mandado de segurança o entendimento que nega o cabimento dos honorários de advogado. Aqui, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil resultaria em apequenar o mandado de segurança, o que, definitivamente, não se verifica em outros tantos casos de necessária aplicação daquele sistema para realizar, fortalecer e concretizar o mandado de segurança, ação civil que é.*" (Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança*, p. 218).

[64] - "*Enquanto esteve o Brasil sujeito ao domínio português, não existiam formas adequadas e satisfatórias de defesa contra atos ilegais da Administração; a monarquia lusitana tinha caráter absoluto e o Executivo absorvia em si todos os Poderes, ou, como dizia o Visconde do Uruguai, havia um só Poder.*" (Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 25).

[65]- Citando o Visconde do Uruguai, Rogério Lauria Tucci afirma que: "*Para que se dê o contencioso administrativo não basta que seja ferido um direito qualquer, é essencial que se verifiquem certas condições: 1. ª) É necessário, primeiro que tudo, que haja um ato ou um fato particular administrativo. N. B. Para que um ato ou fato tenha caráter administrativo, no sentido jurídico dessa palavra, é necessário: (1.º) que emane de uma autoridade da ordem administrativa. (2.º) Que diga respeito a um assunto administrativo. Dalloz verbo Competente adm. n.º 6. 2.ª) É necessário que a questão não se funde em título que pertença ao direito comum, isto é, que o direito ferido não pertença à ordem civil ou penal, ou que o seu conhecimento não esteja afeto por lei a outra autoridade. 3.ª) É necessário que a colisão se dê entre o interesse público por um lado, e o direito particular por outro. 4.ª) É necessário que o ato administrativo não emane de uma autorização tão positivamente discricionária conferida pela lei, que importe necessariamente o sacrifício dos direitos que possam ser opostos àquele ato.*" (Rogério Lauria Tucci, *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*, pp. 3-4).

Administração pública.[66] Ainda, passou a existir previsão expressa de separação e independência entre os três poderes e foi positivado o princípio da legalidade. A soma desses fatores tornou possível, em tese, que o Judiciário revisasse e cassasse atos da Administração pública

Entretanto, ainda não havia previsão no ordenamento jurídico de um remédio judicial adequado para a proteção contra atos abusivos do Estado. Para suprir essa falha do sistema processual, criou-se, em 20 de novembro de 1894, por meio da Lei 221, a ação anulatória de atos da administração que fossem lesivos a direitos individuais. Essa ação, que em sede doutrinária passou a ser denominada "ação sumária especial" ou "ação especial", tinha rito sumário e possibilitava a imediata suspensão do ato impugnado (suspensão liminar), se a tanto não se opusessem razões de ordem pública.[67]

Mas embora essa ação constituísse um grande avanço nas formas de controle dos atos da Administração pública, ela não alcançou sucesso na prática forense. Embora não existam dados estatísticos sobre o tema, de acordo com as opiniões de diversos juristas que estudaram a ineficácia da ação sumária especial, prevista na Lei 221/1894, seu principal problema era a morosidade na tramitação.[68] São apontadas ainda como fatores a falta de preparo dos juízes e a pouca utilização da ação na prática forense.[69]

Tendo em vista que a ação sumária especial não foi suficiente para dar proteção adequada a direitos lesados por atos estatais, os operadores do direito se voltaram para os remédios de tramitação mais célere existentes no sistema processual e para os que permitiam a concessão de liminares.

Em um primeiro momento, as ações possessórias passaram a ser usadas para a defesa de direitos pessoais. Defendia-se a tese de que direitos pessoais também são objeto

---

[66] - V. a esse respeito Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 26-30.

[67]- José Cretella Júnior afirma que "*A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, inaugura nova época no direito público brasileiro, quando cria e institui a ação especial destinada a invalidar atos ou decisões de autoridades administrativas federais, que ferem direitos dos indivíduos*" (José Cretella Júnior, *Comentários às Leis do Mandado de Segurança*, p. 37). A Lei 221/1894 previa expressamente, em seu artigo 13, a possibilidade de propor demandas em face da Administração pública com o intuito de obter a reparação de lesões a direitos causados por atos ou decisões de autoridades administrativas. E os parágrafos 9º e 10 desse mesmo artigo previam a possibilidade de anulação do ato ilegal ou inconstitucional.

[68]- "*A causa do malogro da ação especial parece ter sido o contraste entre a suspensão imediata do ato e o julgamento demorado do pleito. A lei não deve conceder a primeira senão quando institui um tipo de procedimento capaz de solucionar o litígio de modo rápido, pronto e eficaz.*" (Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, pp. 36-37).

[69]- Nesse sentido: Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, p. 18, e Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 30-33.

de posse, razão pela qual esses direitos, a despeito de serem incorpóreos, se enquadrariam na definição de coisas, sendo possível que sua defesa fosse feita por meio de ações possessórias.[70] Paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a utilização das ações possessórias para a defesa de diversos direitos pessoais. Entretanto, com o passar do tempo, sua jurisprudência começou a oscilar, até que se inverteu completamente, passando a negar a possibilidade de proteção a direitos pessoais pela via das ações possessórias.[71]

Nessa época, contudo, o *habeas corpus* já era largamente utilizado para a defesa de direitos individuais em geral, e não apenas o direito à liberdade. Essa utilização heterodoxa do *habeas corpus* foi a segunda alternativa encontrada pelos operadores do direito para a adequada proteção de direitos lesados por atos do Estado.

A defesa da possibilidade de utilização do *habeas corpus* para a proteção de direitos individuais que não apenas o direito à liberdade ganhou a denominação de doutrina brasileira do *habeas corpus*.[72] A elaboração dessa doutrina foi possível em razão de esse remédio estar previsto de forma diferente da atual. Constava do artigo 72, §22, da Constituição de 1891, que "*Dar-se-á o* habeas corpus, *sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*". Não havia restrição à defesa do direito de liberdade de locomoção, como ocorre atualmente.[73]

---

[70]- "*Por meio da teoria da 'posse de direitos pessoais' buscava-se ir além da simples afirmação do cabimento do preceito cominatório aos deveres de fazer e não fazer alheios ao campo tradicional da posse. Mais do que isso, pretendia-se defender o emprego do interdito na plenitude de sua eficácia (ordem). O caminho adotado foi o da ressurreição da antiga idéia de que os direitos pessoais eram passíveis de posse e, assim, tutelados pelos interditos. Talvez se pudesse ter buscado idêntico resultado mediante a demonstração de que não se justificava, dos pontos de vista histórico e prático, a limitação da força interdital às relações possessórias – mesmo porque, à época (final do séc. XIX), ainda era viável sustentar a vigência do § 5 do título 78 do livro III das Ordenações.*"(Eduardo Talamini, *As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-brasileira*, pp. 309-310).

[71]- Cf. Rogério Lauria Tucci, *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*, p. 14.

[72]- "*Como observa, a tal propósito, Lemos Brito* (Nova Constituição Brasileira, Rio de Janeiro, 1934, p. 31), *o* habeas corpus *passou a ser, ademais, 'a única válvula de segurança das liberdades individuais', até porque nenhuma ação, por mais rápida que fosse, se prestava a substituí-lo, com a mesma eficiência e presteza.*" (Rogério Lauria Tucci, *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*, p. 12).

[73]- A Constituição Federal de 1988 prevê o *habeas corpus* em seu artigo 5º, inciso LXVIII, nos seguintes termos: "*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*". Nota-se que as alterações na redação em relação ao texto da Constituição de 1891 consistiram apenas na troca de algumas palavras por seus sinônimos, exceto o acréscimo da expressão "em sua liberdade de locomoção", que limita o uso do *habeas corpus*.

Assim, o *habeas corpus* passou a ser utilizado para a defesa de diversos tipos de direitos, sendo essa utilização aceita por nossos tribunais. O *habeas corpus* foi usado para garantir a parlamentares o livre exercício de seus direitos políticos[74], para garantir a inviolabilidade do domicílio, para assegurar os direitos de petição, de livre associação e de reunião.[75] Ainda, em 1910, depois da posse de Hermes da Fonseca na Presidência da República e em meio a grande instabilidade política, o STF, concedendo *habeas corpus*, garantiu a posse de governadores, senadores, deputados, vereadores e juízes. Nessa época eram realizadas diversas intervenções do governo federal nos Estados-membros, que poderiam levar à posse de pessoas não eleitas[76].

A doutrina brasileira do *habeas corpus* passou a ser cada vez mais aceita, tornando-se este o remédio utilizado para a proteção dos direitos individuais violados pelo Estado.

Em 1914 um acórdão do STF demonstrou a consolidação e a maturidade da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Pacificou-se o entendimento de que a interpretação a ser dada ao §22 do artigo 72 da Constituição de 1891 era ampla, de forma que o *habeas corpus* poderia ser utilizado para a defesa de todo e qualquer direito individual que fosse violado por ato estatal, bastando que as provas dos fatos narrados na petição inicial a instruíssem.[77] Um dos grandes argumentos a fazer com que a doutrina brasileira do *habeas*

---

[74]- Sobre os julgamentos que trataram desse tema, v. Edgar Costa, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, vol. I, pp. 86-164

[75]- Cf. J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, p. 27.

[76]- Emília Viotti da Costa, *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*, pp. 48 e 52-53.

[77] - O caso levado a julgamento tratava da eleição para Presidente do Estado do Rio de Janeiro. As eleições eram indiretas naquela época e, em razão de uma cisão na Assembléia Legislativa, responsável pela eleição, dois novos Presidentes foram eleitos. Por meio de *habeas corpus* procurou-se garantir a entrada no palácio presidencial e o exercício das funções de Presidente por parte de um dos eleitos. Para que fique clara a dimensão dada ao *habeas corpus* é necessária a transcrição das palavras usadas por Edgar Costa: "*O acórdão – lavrado pelo Ministro Enéas Galvão, designado para relator, – firmou os seguintes princípios: 1) As expressões do texto constitucional relativas à concessão de* habeas corpus *(art. 72, §22), mais amplas que as empregadas na lei ordinária para definir a garantia de liberdade individual, compreendem quaisquer coações, e não sòmente a violência do encarceramento ou do só estôrvo à faculdade de ir e vir; 2) Nenhum outro meio existia em nosso direito processual capaz de amparar eficazmente o exercício livre dos direitos, a liberdade de ação, de fazer tudo o que a lei não proíbe, de proteger o indivíduo para não ser êle obrigado a fazer o que a lei não lhe impõe, uma grande porção de atos, enfim, de natureza pública ou privada, e cuja execução pode ser embaraçada, não sòmente privando-se alguém de locomover-se. Nenhuma ação cível havia para alcançar-se êsse fim, nenhuma ação criminal também; (...). 3) O* habeas corpus *não se limita a impedir a prisão injusta e a assegurar a livre locomoção; é meio judicial idôneo para amparar a liberdade individual no exercício de direitos, de atos de profissão, do emprêgo, de funções públicas, os decorrentes da qualidade de cidadão e outros muitos, cujo desempenho se caracteriza por uma atividade moral, puramente abstrata, sem necessidade de ir e vir. (...) Não conserva mais o seu primitivo aspecto, não deve ser conceituado com as restrições da antiga legislação; outra concepção dêle resulta em face dos dizeres do §22 do art. 72 da Constituição. Evoluiu com as necessidades do meio social e político, não se preocupando mais o Supremo Tribunal com a sobrevivência da locução latina em nossas leis, mas com o espírito do direito*

corpus ganhasse prestígio foi o fato de não existir nenhum meio hábil para proteger os direitos individuais contra as arbitrariedades do Poder Público, de forma que negar a utilização do *habeas corpus* para esse fim seria deixar esses direitos desprotegidos.

Analisando-se a evolução da doutrina brasileira do *habeas corpus* fica claro que em 1914, ao menos em à primeira vista, o *habeas corpus* tinha função idêntica à que posteriormente seria exercida pelo mandado de segurança. Como todo tipo de direito poderia ser defendido com o uso do *habeas corpus*, estava suprida a lacuna referente à defesa dos particulares contra o arbítrio estatal.

No entanto, havia opositores à doutrina brasileira do *habeas corpus*. E, com o passar do tempo, esses opositores ganharam força. A explicação que se encontra nas obras sobre o mandado de segurança é a de que havia juristas extremamente conservadores que, sob a alegação de ser necessário preservar a "pureza" do *habeas corpus*, este deveria ser devolvido às suas funções originais. Um deles era Othon Sidou, que defendeu que a ampliação do *habeas corpus* poderia causar "*balbúrdia judiciária*", que seria "*preciso não deformar o instituto, a mais cara das conquistas dos direitos do homem*", e que para o *habeas corpus* não ser profanado era necessária a criação de um novo remédio[78] – mesmo que tivesse função idêntica à que estava sendo desempenhada pelo *habeas corpus*.

Themístocles Cavalcanti, embora menos incisivo, adota linha semelhante, ao afirmar que a ampliação do uso do *habeas corpus* causou "confusão" [79]. E Pontes de Miranda defendeu que a utilização do *habeas corpus* de forma extensiva havia sido equivocada, por ir "*contra a história e a natureza do remédio*" [80].

Outro grande opositor (provavelmente o mais influente) da doutrina brasileira do *habeas corpus* era Pedro Lessa, então ministro do Supremo Tribunal Federal. Mesmo quando essa doutrina já possuía plena aceitação em nossos tribunais e era celebrada pela maior parte dos nossos juristas, Pedro Lessa continuava a proferir votos contrários à utilização do *habeas corpus* para a proteção de direitos que não o de locomoção.[81]

---

nôvo a dominar os fenômenos de ordem jurídica." (Edgar Costa, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, vol. I, pp. 229-230).

[78] - J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, pp. 27-28 e 30.

[79] - Themístocles Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, pp. 50-52.

[80]- Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, p. 141.

[81] - Em 1909, negou *habeas corpus* que objetivava garantir o exercício de direitos políticos, argumentando que "*(...) o fim que se tentou conseguir, impetrando-a, não fôra garantir a liberdade individual somente, mas*

Diante da crescente oposição à doutrina brasileira do *habeas corpus*, a partir de 1914 começaram a ser apresentados projetos que objetivavam a criação de um remédio específico, destinado a proteger direitos pessoais contra atos ilegais do Poder Público.[82]

No entanto, em 1926, sem que tivesse sido aprovado um projeto de lei a esse respeito, foi realizada uma reforma constitucional que restringiu o uso do *habeas corpus* à garantia da liberdade de locomoção. A despeito de alguns juristas defenderem que essa reforma constitucional não afetou a utilização do *habeas corpus* para a defesa de todos os direitos pessoais,[83] a partir de então ganhou força o movimento em favor da criação de um novo instituto, destinado à defesa dos direitos individuais lesados por atos estatais, que culminou na criação do mandado de segurança, em 1934.

Portanto, a despeito de o mandado de segurança efetivamente ter sido criado para suprir uma falha do sistema processual, é interessante notar que essa falha foi criada pelo legislador. E como o mandado de segurança somente foi instituído pela Constituição Federal de 1934, os brasileiros passaram cerca de oito anos sem qualquer meio adequado para proteger seus direitos contra atos do Estado.

O projeto de lei 148, de autoria do deputado Gudesteu Pires, que criava um novo meio de defesa contra atos estatais, foi apresentado em 11 de agosto de 1926.[84] A partir de então se seguiram várias discussões sobre qual deveria ser o remédio criado e qual seria o alcance desse remédio,[85] prevalecendo a opinião de que deveria ser criado um interdito proibitório para a defesa de direitos pessoais.[86]

---

resolver concomitantemente uma questão de investidura em funções de ordem legislativa. (...) Isso seria dar ao habeas-corpus *uma extensão que não tinha nos países cultos.*" (Edgar Costa, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, vol. I, pp. 88-89). A posição é repetida várias vezes. Edgar Costa afirma que Pedro Lessa apresentava sua posição restritiva sobre o *habeas corpus* em todos os votos que proferia (Idem, ibidem p. 105).

[82]- A esse respeito, v. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, pp. 55-65, com detalhes sobre as discussões travadas à época.

[83]- Os juristas que defenderam a possibilidade de *o habeas corpus* continuar a poder se utilizado para a defesa de todos os direitos pessoais se baseavam no argumento de que o direito à livre locomoção era pressuposto para a defesa de todos os demais direitos pessoais (cf. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do Mandado de Segurança*, pp. 67-69).

[84]- Cf. Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, pp. 29-30.

[85]- Sobre essas discussões, v. José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, p. 20.

[86]- Rogério Lauria Tucci informa que, mesmo depois da apresentação do projeto de lei do deputado Gudesteu Pires, ganhou força a ideia de criação de interditos possessórios que fossem adequados para a proteção de direitos pessoais, sendo apresentados vários projetos de lei a esse respeito (Rogério Lauria Tucci, *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*, pp. 17-18).

Sobreveio, entretanto, o golpe de 1930, tendo sido determinado o fechamento do Congresso Nacional. Os trabalhos legislativos foram suspensos antes que se aprovasse um dos projetos de lei que estavam sendo discutidos. E como o governo autoritário que então subiu ao poder editou o Decreto número 18.398, de 11 de novembro de 1930, que tornava insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário os atos do governo como um todo, foram deixados de lado os projetos de lei que previam a criação de remédios para o controle de atos estatais.

Somente em 1934, com a reabertura do Congresso, os debates sobre a criação de um meio de defesa dos direitos individuais foram retomados. Criou-se a Comissão do Itamaraty, que se tornou responsável pela elaboração de um anteprojeto de Constituição Federal. Foi então abandonada a ideia de criação de um interdito possessório para a defesa de direitos pessoais, passando novamente a existir o intuito de criação de um novo meio de defesa de direitos individuais.

João Mangabeira, integrante da Comissão do Itamaraty, foi o relator da parte do anteprojeto constitucional que dizia respeito a esse remédio, então já chamado de mandado de segurança. Foram apresentadas várias emendas ao anteprojeto e, ao final, o mandado de segurança foi criado, sendo previsto no artigo 113, número 33, da Constituição Federal de 1934.[87]

Defende Alfredo Buzaid que a criação do nosso mandado de segurança foi influenciada pelos poderes de *injunction* e de *mandamus*, oriundos do direito inglês, por serem estes meios de coibir abusos de poder.[88] Essa influência acabou por tornar frequente o uso dos termos "*mandamus*" ou "*writ of mandamus*" como sendo sinônimos de mandado de segurança, embora na realidade não exista correspondência exata entre esses remédios e o mandado de segurança.

Embora originalmente o termo *mandamus* fosse utilizado para designar vários *writs*, com o tempo passou a ser restrito à ordem judicial emitida em nome do rei e dirigida

---

[87]- A redação dessa norma era a seguinte: "*Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do* habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.*".

[88]- Alfredo Buzaid, *Mandado de Segurança, 'Injunctions' e 'Mandamus'*, pp. 7-8.

a um tribunal inferior, uma corporação ou um diretor, sendo utilizado quando não há outro remédio legal.[89]

Celso Agrícola Barbi salienta que quando no Brasil ainda se discutia a criação de um meio adequado à proteção dos cidadãos contra atos do Poder Público era mais frequente a menção ao *juicio de amparo*, instrumento existente no direito mexicano desde 1840, na Constituição elaborada para o Estado de Yucatán, embora, segundo o citado jurista, a experiência mexicana tenha sido pouco aproveitada por nossos legisladores quando da criação do mandado de segurança.[90]

Mas, por esse motivo, é comum encontrar nas obras escritas em meados do século XX o termo "amparo" como sinônimo de mandado de segurança. No entanto, já há algum tempo esse termo caiu em desuso.

Ainda, pelo fato de o mandado de segurança ser uma ação usada para proteção contra o Poder Público, devolvendo o Estado para dentro dos limites da legalidade, é também comum que seja chamado de "remédio heróico".

A despeito de consistir em inegável avanço, o mandado de segurança, da forma como foi criado, tinha âmbito de utilização mais limitado que o concedido anteriormente ao *habeas corpus* e às ações possessórias, quando utilizadas para a defesa de direitos pessoais. A diferença era que o mandado de segurança não poderia ser utilizado para a defesa de direitos lesados por atos de particulares.[91] E havia discussão a respeito de quais direitos poderiam ser defendidos, pois na norma constitucional mencionava-se a proteção a "direito certo e incontestável" que fosse violado por ato "manifestamente inconstitucional ou ilegal".

---

[89]- "*Seu objetivo geral é forçar a realização de algum dever público em relação ao qual não exista outro remédio legal específico*" (J. A. Simpson e E. S. C. Weiner, *The Oxford English Dictionary*, vol. IX, p. 299, tradução livre).

[90] - Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 15-16.

[91]- "*Se consideradas as necessidades de tutela cujo atendimento antes se buscava com os 'embargos à primeira', o* habeas corpus *em sua leitura mais ampla ou as ações possessórias empregadas na proteção de direitos pessoais, nota-se que o suprimento foi apenas parcial, já que o instrumento criado restringiu-se basicamente às relações de direito público (proteção de direitos contra lesões ou ameaças advindas de atos do Poder Público ou quem lhe fizesse as vezes). É bem verdade que várias foram as sugestões de criação de um remédio especial amplíssimo, que protegesse os direitos públicos ou privados, lesados por atos de autoridade ou eminentemente particulares e que não pudessem ser protegidos pelo* habeas corpus *em sua conformação tradicional. Assim haviam sido, por exemplo, as propostas de Alberto Torres, em 1914, e Muniz Barreto, em 1922, que não vingaram.*" (Eduardo Talamini, *As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-brasileira*, p. 310).

De todo modo, ao se prever que o mandado de segurança seguiria o procedimento do *habeas corpus*, o objetivo principal, que era criar uma medida processual capaz de proteger direitos pessoais de forma célere e eficaz, foi alcançado.

O mandado de segurança somente foi regulamentado em 1936, por meio da Lei 191. Entretanto, a ausência de regulamentação não impediu a impetração de mandados de segurança, pois na própria Constituição Federal de 1934 previa-se que o seu procedimento seria o mesmo do *habeas corpus*.

A Lei 191/36 impôs ao mandado de segurança várias restrições específicas, que não existiam (e não existem) para o *habeas corpus*. Por essa razão e por criar um processo diferente daquele previsto para o *habeas corpus*, inclusive criando restrições à sua utilização, a Lei 191/36 poderia ser considerada inconstitucional.

Dentre as restrições criadas pela Lei 191/36 está o prazo de 120 dias para impetração (art. 3º), que vigora até hoje, e algumas limitações ao seu cabimento: a impossibilidade de sua utilização contra ato passível de recurso administrativo com efeito suspensivo, contra ato disciplinar e caso a questão em discussão fosse exclusivamente política (art. 4º). Consta também, expressamente, que o mandado de segurança não poderia ser utilizado para a defesa do direito de locomoção (defendido por *habeas corpus*), mas se tratou apenas da posição de entendimento pacífico sobre o tema. Aliás, como demonstrado, a ideia da criação do mandado de segurança era a de criar um remédio para defender, de forma célere e eficaz, os direitos que não pudessem ser defendidos por *habeas corpus*, de forma que não faria sentido utilizar o mandado de segurança como meio de defesa do direito de locomoção.

Dentre essas restrições o maior problema era o descabimento de mandado de segurança quando se tratava de "questão puramente política" (Lei 191/36, art. 4º, inc. III). Não havia um conceito legal ou jurídico de questão puramente política, de forma que essa limitação poderia ser utilizada para extinguir sem julgamento de mérito praticamente todo tipo de mandado de segurança. Exemplos de questões consideradas como sendo puramente políticas foram intervenções federais.[92]

[92]- Foi extinto sem julgamento do mérito um mandado de segurança impetrado pelo governador do Maranhão contra o ato que determinou intervenção federal no estado, assim como mandados de segurança impetrados por vereadores do Distrito Federal contra o ato que ali determinou intervenção federal (Emília Viotti da Costa, *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*, pp. 76-77).

A "Constituição polaca", de 1937, deixou de prever o mandado de segurança, o que, em tese, tornava mais simples sua total remoção do ordenamento jurídico. E em 16 de novembro de 1937, seis dias depois da outorga dessa Constituição, foi baixado o Decreto-Lei número 6, de 22 de novembro de 1937, que impediu a utilização do mandado de segurança contra atos do Presidente da República, de ministros de Estado, de governadores e de interventores.[93]

A partir de 1939 o mandado de segurança passou a ser regulado pelo Código de Processo Civil (arts. 319 a 331). Manteve-se a exclusão da possibilidade de sua utilização para atacar atos do Presidente da República, de ministros de Estado, de governadores e de interventores (art. 319, *caput*) e criou-se uma nova limitação à sua utilização: passou a ser vedada a utilização do mandado de segurança para questionar impostos e taxas, com exceção dos casos em que para assegurar a cobrança desses tributos fossem estabelecidas providências que restringissem a atividade profissional do contribuinte (CPC 1939, art. 320, inc. IV).

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição Federal de 1946, que voltou a prever o mandado de segurança, no §24 de seu artigo 141.[94] Houve avanço na redação dessa norma, pois a expressão "direito certo e incontestável", questionada em sede doutrinária, foi substituída por "direito líquido e certo", e eliminou-se o requisito da manifesta inconstitucionalidade ou ilegalidade, bastando que o ato coator fosse ilegal ou praticado em abuso de poder.

Essas alterações acabaram por eliminar as discussões sobre quais direitos poderiam ser defendidos e quais atos poderiam ser atacados, ampliando, na prática, significativamente os limites do mandado de segurança.[95]

Mas a despeito de ter havido retorno do país à democracia, somente em 1951 foi promulgada uma nova lei para o mandado de segurança, a Lei 1.533/51. Até então esse remédio continuou regulamentado pelo CPC de 1939. E mesmo tendo se passado alguns

---

[93]- Cf. Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 33-34

[94]- Constituição Federal de 1946, artigo 141, §24: "*Para proteger direito líquido e certo não amparado por* habeas corpus, *conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.*".

[95]- Cf. Rogério Lauria Tucci, *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*, p. 21. A respeito das consequências dessas alterações, v. Miguel de Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 351-355.

anos entre o término do Estado Novo e a promulgação de uma nova lei para regulamentar o mandado de segurança, o resultado não foi dos melhores.

A Lei 1.533/51 já nasceu sujeita a reforma. Logo depois de sua promulgação, o então Ministro da Justiça, Francisco Negrão de Lima, encaminhou ao Instituto dos Advogados Brasileiros e à Associação dos Magistrados pedidos de sugestões para a reforma da Lei 1.533/51. Nas palavras de Othon Sidou, a Lei 1.533/51 "*surgiu com a marca das obras provisórias*", pois seus próprios autores a consideravam ultrapassada.[96]

Foram enviadas sugestões durante a década de 50, que culminaram na apresentação de um anteprojeto de lei pelo Instituto dos Advogados Brasileiros em 1959. No entanto, essa iniciativa não foi levada adiante.

A primeira alteração à regulamentação do mandado de segurança foi realizada de forma indireta, pela Lei. 2.770/56, que, em seu artigo 1º, estabeleceu ser vedada a concessão de liminares para a liberação de mercadorias, bens ou coisas provenientes do exterior, "*nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza*".

O texto da Lei 1.533/51 permaneceu intocado até 1962, quando foram realizadas duas alterações pontuais em seu texto pela Lei 4.166/62: aumentou-se de cinco para dez dias o prazo para que a autoridade fornecesse documentos (Lei 1.533/51, art. 6º, par. ún.) e de cinco para quinze dias o prazo para prestação das informações (Lei 1.533/51, art. 7º, inc. I).

Alterações mais relevantes ocorreram em 26 de junho de 1964, pouco mais de dois meses depois do golpe militar de 64, quando entrou em vigor a Lei 4.348/64. Essa lei ampliou consideravelmente as hipóteses de "suspensão de segurança", anteriormente previstas no artigo 13 da Lei 191/36, que foi substituído, com poucas alterações, pelo artigo 328 do CPC de 1939 e, em seguida, pelo artigo 13 da Lei 1.533/51.[97] E criou tanto novas limitações ao mandado de segurança quanto formas de ter maior controle sobre as decisões que deferem liminares ou concedem a segurança.

Assim é que, além do aumento das possibilidades de suspensão dos efeitos de decisões proferidas em processos de mandado de segurança, também passou a ser previsto

---

[96]- J. M. Othon Sidou, *Anteprojeto de Lei Sobre o Mandado de Segurança*, p. 279.
[97]- V., a respeito das alterações do único artigo que, até então, tratava da suspensão de segurança, Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de Segurança*, pp. 69-72.

um prazo de duração de 90 dias para as liminares concedidas nesses processos, prorrogável por mais 30 (Lei 4.348/64, art. 1º, alínea "b"), e a "perempção ou caducidade" da medida liminar em caso de inércia do impetrante (art. 2º). Para os casos em que a liminar fosse concedida, foi criada a obrigatoriedade de envio de cópia do mandado notificatório dessa liminar para o representante da pessoa jurídica interessada na causa, para que a esta fosse possível tomar as providências necessárias para a defesa do ato e para a suspensão da decisão concessiva da liminar (art. 3º). E, por fim, houve a total vedação de concessão de liminares em mandados de segurança com o objetivo de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, à concessão de aumentos ou extensão de vantagens, sendo também vedada a execução provisória nessas hipóteses (art. 5º).[98]

Pouco tempo depois, em 16 de julho de 1964, entrou em vigor a Lei 4.357/64, que, em seu artigo 39, impedia a concessão de liminares em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Nacional "*em decorrência da aplicação da presente lei*". Essa lei tratava da emissão de Obrigações do Tesouro Nacional (OTNs), alterava a legislação do imposto de renda e instituía a correção monetária dos débitos fiscais federais e das contribuições devidas às instituições de previdência e de assistência social.

Essa norma teve vigência curta, sendo revogada pelo artigo 51 da Lei 4.862/65. Em razão da entrada em vigor desse artigo passou a ser possível a concessão de liminares a respeito das matérias tratadas na Lei 4.357/64, mas se estabeleceu que a liminar perderia os efeitos depois de 60 dias, contados da data da petição inicial.

Em 1966, não satisfeito com as restrições ao mandado de segurança feitas pela Lei 4.348/64, o legislador editou a Lei 5.021, que trouxe novas restrições. Passou a ser vedada expressamente, em sede de mandado de segurança, a condenação ao pagamento de prestações pecuniárias a servidor público que houvessem vencido antes do ajuizamento da ação (art. 1º). Essa norma, na realidade, nada mais fez que positivar entendimento já

---

[98]- De acordo com Celso Agrícola Barbi, o artigo 5º da Lei 4.348/64 teve razões históricas. Em algumas oportunidades teria havido impetração de mandados de segurança em que centenas e até milhares de servidores públicos, em litisconsórcio ativo, pleiteavam vantagens pecuniárias, sendo que "*muitas vezes foram concedidas liminares, inclusive para percepção de vencimentos ou vantagens atrasadas, como, por exemplo, no caso da gratificação por triênios criada pela Lei nº 3.780, de julho de 1960. Milhões de cruzeiros foram, por força dessas liminares, entregues aos funcionários.*". No entanto, ao final, esses mandados de segurança foram julgados improcedentes, devendo os servidores restituir as somas recebidas – que muitas vezes já haviam gastado. A solução encontrada foi o desconto em folha, que é limitado a um percentual dos vencimentos do servidor. Assim, os valores pagos aos servidores somente foram restituídos aos cofres públicos anos depois do desembolso. O artigo 5º da Lei 4.348/64 teria sido criado para evitar que esse tipo de situação se repetisse (Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 162-163).

consolidado pelo STF em suas súmulas 269 e 271.[99] As novidades foram a previsão de consequências penais para as autoridades que descumprissem o disposto em seu artigo 1º e a previsão de que as autarquias passariam a estar sujeitas ao regime de precatórios (art. 4º).

O advento de um novo Código de Processo Civil, em 1973, e as alterações por ele efetuadas no sistema processual civil tornaram necessária a adaptação da Lei 1.533/51. A Lei 6.014/73 alterou o artigo 12 da Lei 1.533/51. Esse artigo, em consonância com o regime recursal previsto no CPC de 39 e com o entendimento vigente à época, estabelecia ser cabível o recurso de agravo de petição da sentença que concedesse ou denegasse o mandado de segurança. Ainda, constava do parágrafo único desse artigo que o juiz recorreria *ex officio* da sentença concessiva da segurança.[100] Como o recurso de agravo de petição foi extinto pelo CPC de 1973, passou a constar do artigo 12 da Lei 1.533/51 que cabia apelação contra a sentença que julgasse o mandado de segurança. E no parágrafo único passou a haver a previsão de que a sentença proferida em processo de mandado de segurança estava sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Pouco mais de seis meses depois foi elaborada outra lei com o intuito de adaptar a Lei 1.533/51 ao CPC, a Lei 6.071/74. Efetivamente foi feita uma adaptação no artigo 19, que fazia referência aos artigos 88 a 94 "*do Código de Processo Civil*" de 1939. Passou a haver menção aos "*artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio*". Mas no parágrafo único do artigo 12, que acabara de ser alterado, foi feita uma modificação de ordem técnica, passando-se a prever que somente a sentença concessiva da segurança estava sujeita ao duplo grau de jurisdição (ou seja, a reexame necessário).

Nova alteração foi realizada em 1982, pela Lei 6.978, que modificou o §1º do artigo 1º da Lei 1.533/51 para incluir menção aos representantes ou órgãos de partidos políticos como autoridades.

A Constituição Federal de 1988, O mandado de segurança individual foi mantido dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. LXIX), o que, como já demonstrado, tem influência direta na interpretação que deve ser conferida às suas normas

---

[99]- Essas duas súmulas são anteriores à Lei 5.021/66 e têm a seguinte redação: "*O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*" (súmula 269) e "*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*" (súmula 271).

[100]- Lei 1.533/51, art. 12, par. ún., com a redação original: "*Da decisão que conceder o mandado de segurança recorrerá o juiz* ex-ofício *sem que êsse recurso tenha efeito suspensivo*".

(*supra*, item 2.1). A CF 88 também criou o *habeas data* e passou a prever que os direitos protegidos por *habeas data* não poderiam ser defendidos por meio de mandado de segurança, criando uma segunda hipótese de exclusão de cabimento. E, ainda, criou o mandado de segurança coletivo, destinado à proteção de direitos metaindividuais, sendo suprida lacuna que existia em nosso ordenamento (v. *infra*, item 4.4).

Mas, depois desse avanço, não demorou muito para que novas restrições fossem criadas.

A primeira norma que veio a regulamentar o mandado de segurança depois do advento da Constituição Federal de 88 foi o artigo 25 da Lei 8.038/90, a "Lei dos Recursos", que regulamentou o pedido de suspensão de segurança nos casos de competência originária dos tribunais para julgamento do mandado de segurança. Na realidade não se trata propriamente de uma nova restrição, pois o citado artigo 25 praticamente reproduz a redação do artigo 4º da Lei 4.384/64, alterando-o somente para deixar claro que o pedido de suspensão de segurança também é cabível quando a competência para julgamento do mandado de segurança é originária dos tribunais.

Mas em seguida foi criada uma verdadeira restrição ao mandado de segurança coletivo. O artigo 2º da Lei 8.437/92 estabeleceu que somente podem ser concedidas medidas liminares em mandados de segurança coletivos se, antes da decisão, for intimado o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na causa para que, no prazo de 72 horas, se manifeste a respeito do pedido de concessão de liminar (v. *infra*, item 4.4.3).

Em 1996 foi promulgada a Lei 9.259, que desfez a alteração realizada pela Lei 6.978/82 no §1º do artigo 1º da Lei 1.533/51. Voltou a não existir menção aos representantes ou órgãos de partidos políticos, o que fez com que essa norma praticamente retornasse à sua redação original, tendo havido apenas algumas alterações de redação.

A penúltima alteração das normas que regem o mandado de segurança foi realizada em 2001, pela Medida Provisória (MP) 2.180-35. Essa MP, a despeito de ter sido editada quando já havíamos voltado há algum tempo a um regime democrático, teve conteúdo semelhante ao da Lei 4.348/64, criando diversas hipóteses de suspensão dos efeitos de decisões contrárias ao Poder Público. Tratava-se da trigésima quinta prorrogação de uma medida provisória que, desde sua primeira edição, sofreu diversas modificações. E,

em razão da Emenda Constitucional 32/2001, que tornou definitivas todas as medidas provisórias que estavam em vigor, a MP 2.180-35 está em vigor até hoje.

Para Marcelo Abelha Rodrigues, a edição dessa medida provisória teve por objetivo auxiliar o governo federal em seu intuito de privatizar de empresas estatais. Muitas privatizações estavam sendo impedidas ou suspensas por decisões judiciais proferidas em ações populares e ações civis públicas propostas em face do Poder Público. Diante desse quadro, a edição de uma medida provisória, com vigência imediata, que ampliasse as hipóteses de suspensão de segurança, teve o condão de permitir que a política de privatizações continuasse.[101]

No tocante ao mandado de segurança, a MP 2.180-35 alterou o artigo 4º da Lei 4.348/64, acrescentando-lhe dois parágrafos. O §1º criou a possibilidade de se formular um segundo pedido de suspensão de segurança, diretamente ao presidente do tribunal competente para conhecer de recurso especial ou extraordinário, quando o primeiro for negado. E o §2º estendeu à suspensão de segurança os §§5º a 8º do artigo 4º da Lei 8.437/92, que trata da suspensão da execução de liminares em ações propostas em face do Poder Público.

Por força dessa última norma, tornou-se expressa a possibilidade de a interposição de agravo de instrumento em caso de deferimento de medida liminar em mandado de segurança (havia ainda dúvida a respeito da recorribilidade dessa decisão – v. *infra*, item 3.6), passou a ser possível a interposição de agravo de instrumento e a formulação concomitante de pedido de suspensão de segurança ao presidente do tribunal competente para o julgamento do agravo de instrumento e, ainda, estabeleceu-se ser possível a formulação, nos dois casos, de pedido de concessão de liminar. Por fim, criou-se a hipótese de suspensão de todas as liminares a respeito do mesmo tema, bastando, para tanto, o aditamento do pedido original de suspensão (Lei 8.437/92, art. 4º, §8º).

A última alteração nas normas que regem o mandado de segurança foi realizada em 2004, pela Lei 10.910, que modificou a redação do artigo 3º da Lei 4.348/64. Até o advento da Lei 10.910/04 cabia à autoridade administrativa realizar a comunicação da concessão de liminar em mandado de segurança. A partir de então passou a ser dever do juiz realizar essa comunicação. Foram também feitas duas alterações: a comunicação

[101]- Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de Segurança*, p. 85.

passou a ser obrigatória sempre que houver uma decisão em processos de mandado de segurança (posição defendida por Cassio Scarpinella Bueno mesmo antes da Lei 10.910/04)[102] e não mais apenas quando da concessão de liminares; e passou a ser preciso enviar também cópia dos documentos mencionados na decisão, enquanto anteriormente era necessário enviar apenas cópia do mandado notificatório.

Por fim, em 2009, depois de longa tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor a Lei 12.016/09, chamada de nova lei do mandado de segurança.

2.3 A criação da nova lei do mandado de segurança

Ao longo do tempo foram poucas as menções à necessidade de ser feita uma nova lei para o mandado de segurança. Um anteprojeto de lei com esse objetivo foi elaborado em 1969 por Othon Sidou. Mas a demora em sua apreciação fez com que esse anteprojeto fosse descartado, sendo alegado que o passar do tempo o havia tornado obsoleto.

A despeito desse fato, um ponto digno de nota é que esse anteprojeto tinha intenção de inovar o mínimo, tendo como principal objetivo consolidar as alterações realizadas na Lei 1.533/51.[103]

Somente em 1996, quarenta e cinco anos depois de ter entrado em vigor a Lei 1.533/51 e depois de terem sido realizadas várias alterações pontuais no mandado de segurança, tanto por meio de alterações na Lei 1.533/51 quanto por meio da edição de outras leis a respeito do tema, o governo federal decidiu que seria necessário reformá-la. Foi então criada uma comissão de juristas com esse objetivo, pela Portaria 634, de 23 de outubro de 1996, do Ministério da Justiça.

---

[102]- *"Com base no texto original, escrevi na 1ª edição, a respeito do art. 3º da Lei 4.348/64, o seguinte: '(...) o art. 3º também é marcado pelo receio da liminar em mandado de segurança. Tanto que o dispositivo parece querer regular somente casos em que eventual liminar é concedida. Embora muito comum, nem sempre mandado de segurança e liminar convivem. Mesmo sem liminar, portanto, impõe-se a aplicação das regras contidas no dispositivo em foco.' "* (Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 235-237).

[103]- Othon Sidou, mencionando discurso que havia realizado em julho de 1974, afirmou: *"Dissemos naquela oportunidade que a reformulação da lei do mandado de segurança é um impositivo até certo ponto cogente, dadas as desfigurações procedidas na Lei n. 1533, que a tornaram de aplicação difícil e traiçoeira por que a não a conhecer atentamente e às suas emendas."* (J. M. Othon Sidou, *Anteprojeto de Lei Sobre o Mandado de Segurança*, p. 280).

Nos “considerandos” dessa portaria consta que seria necessária a atualização da lei do mandado de segurança em razão de a Constituição Federal de 1988 ter dado nova feição a esse remédio,[104] afirmação que só é verdadeira se for considerada a criação do mandado de segurança coletivo, pois no tocante ao mandado de segurança individual a Constituição Federal de 88 não trouxe qualquer inovação. De qualquer modo, a comissão de juristas não se limitou a criar normas para a regulamentação do mandado de segurança coletivo.

A comissão era composta por juristas de notória competência, tendo sido presidida por Caio Tácito e integrada por Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Jamyr Dall'Agnol, Gilmar Mendes, Luiz Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Herman Benjamin, Arnoldo Wald e Carlos Alberto Menezes Direito.

O projeto de lei foi apresentado quatro anos e meio depois, em 16 de abril de 2001. Constou de sua exposição de motivos que o grande período de tempo que se passou desde a promulgação da Lei 1.533/51, feita ainda durante a vigência da Constituição Federal de 1946, teria tornado necessária uma nova lei para regulamentar o mandado de segurança, que considerasse as modificações constitucionais e as alterações legais a respeito do tema – muitas feitas por meio de leis esparsas, não incorporadas ao texto da Lei 1.533/51 (v. a esse respeito o item 2.2, *supra*). Afirmou-se que a nova lei do mandado de segurança inseria-se “*no movimento de reforma legal que busca a maior coerência do sistema legislativo*”, o que é obtido com a integração em um único diploma legal de todas as normas que regem a mesma matéria.

Trata-se da mesma preocupação externada por Othon Sidou na década de 70. Mas na exposição de motivos do projeto de lei apresentado em 2001 também se afirmou terem sido consideradas, na criação da nova lei, a ampla jurisprudência sobre diversos aspectos do mandado de segurança, tanto a que gerou a edição de diversas súmulas pelos tribunais superiores quanto a que não está prevista em súmulas. Um dos objetivos da nova lei do mandado de segurança seria positivar esses entendimentos.

---

[104]- A comissão de juristas instituída por essa portaria não tinha como único objetivo atualizar a lei do mandado de segurança. Considerando-se que a CF 88 havia também dado nova feição à ação civil pública, à ação popular e à representação interventiva, pediu-se à comissão que elaborasse propostas para a reforma das leis que tratam desses remédios. Ainda, foi estabelecido como objetivo dessa comissão a criação de projetos de lei que regulamentassem o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade.

Analisando-se a exposição de motivos fica claro que o objetivo da criação de uma nova lei para o mandado de segurança não foi apenas o de adaptá-la à nova feição do mandado de segurança (isto é, ao mandado de segurança coletivo), mas também o de facilitar a compreensão desse remédio por meio da incorporação, no texto de uma única lei, dos textos de outras leis e de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já pacificados.

Essa necessidade de uma nova lei para regulamentar o mandado de segurança, que justamente consolidasse os textos de todas as leis sobre o tema e positivasse os entendimentos jurisprudenciais já pacíficos, de forma a facilitar sua compreensão, havia sido defendida por Cassio Scarpinella Bueno. Essa nova lei possibilitaria uma redução das questões processuais que cercam o mandado de segurança e, consequentemente, tornaria possível dar maior atenção ao direito material discutido no processo.[105]

Foi exatamente esse o intuito da elaboração da nova lei do mandado de segurança. Não houve intenção de inovar no tratamento do tema. Aliás, na exposição de motivos do projeto de lei fica claro que houve preocupação por parte da comissão de juristas em não dar margem a novas interpretações acerca de matérias que já tinham entendimento consolidado. Essa foi a razão para se afirmar que "*em princípio*" teriam sido "*mantidas a redação e a sistemática das regras*" constantes das leis que foram incorporadas pela Lei 12.016/09.

O projeto de lei foi enviado pelo Poder Executivo para apreciação pela Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 5.067/2001.

Quando de sua apresentação, já tramitava na Câmara o Projeto de Lei 1.351/1999, apresentado pelo deputado Rubens Bueno. Nesse projeto regulamentava-se exclusivamente o mandado de segurança coletivo e de uma forma diferente da que constava do PL 5.067/2001. Mesmo em havendo tratamento diferente da mesma matéria, na Câmara dos Deputados considerou-se que o PL 1.351/1999 estaria "prejudicado", tendo em vista que a regulamentação do mandado de segurança coletivo teria sido feita integralmente pelo PL 5.067/2001. Consequentemente, o PL 1.351/1999 nunca foi votado.

Na Câmara foram apresentadas três emendas ao PL 5.067/2001 por seu relator, o deputado Antonio Carlos Biscaia. Todas essas emendas foram aprovadas.

---

[105]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, p. 222.

A primeira emenda alterou o §4º do artigo 6º do projeto de lei. Nesse parágrafo se previa que, sendo suscitada pela autoridade coatora sua ilegitimidade passiva, seria concedido prazo de dez para que o impetrante emendasse a petição inicial da ação de mandado de segurança. Por meio da emenda, acrescentou-se ao final do parágrafo 4º a frase "observado o prazo decadencial", ou seja, o prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança, previsto no artigo 23 da LMS.[106]

A segunda emenda alterou consideravelmente a redação do artigo 26, que estabelece as consequências do descumprimento de qualquer decisão proferida em sede de mandado de segurança por parte da autoridade. Na redação original desse artigo estabelecia que às autoridades que descumprissem essas decisões seria aplicada a pena prevista para o crime de desobediência.[107] A redação conferida após a emenda é mais clara, já que, evidentemente, a imposição da pena não é automática (v. *infra*, item 3.5.1). Ainda, foi acrescentada menção expressa à possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade.

Por fim, a terceira emenda apenas inverteu a ordem dos artigos 28 e 29 do projeto de lei, deixando como penúltimo artigo o que trata da entrada em vigor da lei e como último o que menciona as leis que estão sendo revogadas. Trata-se de uma questão de preferência do legislador, pois não há regra específica a esse respeito na Lei Complementar 95/98, que disciplina o processo legislativo e a feitura de leis.[108]

O projeto de lei foi então encaminhado ao Senado, onde passou a tramitar sob o número 125/2006.

Cassio Scarpinella Bueno narra que, no primeiro semestre de 2009, ao ter conhecimento da tramitação desse projeto de lei, encaminhou sugestões de emendas ao senador Valter Pereira, sendo que a maior parte dessas sugestões foi aceita pelo senador.[109] As três propostas rejeitadas foram a de supressão do artigo 5º e 23 do projeto de lei e, por

---

[106]- Com a emenda aprovada pela Câmara dos Deputados, a redação do §4º do artigo 6º passou a ser a seguinte: "*Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de dez dias, observado o prazo decadencial*".

[107]- A redação original do artigo 26 era a seguinte: "*Às autoridades administrativas que não cumprirem as decisões proferidas em mandado de segurança aplicar-se-á a pena prevista no art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis*".

[108]- No inciso III do artigo 3º da LC 95/98 são enumeradas as matérias que devem constar da parte final das leis, mencionando-se que devem constar "*a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber*". Apesar da ordem em que as matérias são mencionadas, não parece que seja obrigatório que o último artigo de cada lei contenha a cláusula de revogação.

[109]- Cassio Scarpinella Bueno, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, p. 7.

consequência, da remoção do artigo 23, de alteração do *caput* do artigo 10, para que fosse retirada a menção à possibilidade de indeferimento da inicial no caso de ser ultrapassado o prazo para a impetração.[110]

Ao final, o senador Valter Pereira apresentou catorze emendas ao Projeto de Lei da Câmara (PLC) 125/2006, sendo que treze tinham por base sugestões feitas por Cassio Scarpinella Bueno. Apenas a emenda de número dez, que aumentava para 365 dias o prazo para a impetração de mandado de segurança, não fez uso dessas sugestões.

As emendas ao projeto de lei continham não apenas pedidos de inclusão de menções a respeito de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consolidados e que não haviam sido incluídos no texto do projeto, mas também algumas inovações.

A primeira emenda alterava a parte final do artigo 3º do Projeto de Lei 125/2006, permitindo que a notificação do titular do direito violado fosse realizada tanto judicial quanto extrajudicialmente. Na justificativa para a apresentação dessa emenda afirmou-se que a notificação extrajudicial – entendida esta como a realizada por meio de cartório de títulos e documentos – também forneceria segurança da efetiva notificação do titular do direito e que o uso de meios extrajudiciais contribuiria para desafogar o Judiciário.

Essa emenda, se aprovada, representaria um avanço, pois na redação final da Lei 12.016/09 consta apenas a possibilidade de notificação judicial do titular do direito. E solucionaria uma divergência doutrinária. A despeito da redação dessa norma, Ronaldo Cramer, defende a possibilidade de notificação do titular do direito por qualquer meio, inclusive eletrônico.[111] Cassio Scarpinella Bueno também adota uma posição bastante flexível (mais do que a constante da emenda, inclusive), afirmando que a notificação do titular do direito pode ser realizada "*por qualquer outro mecanismo que possa atingir, com segurança, sua finalidade*" [112]. Mas há quem defenda somente ser cabível a notificação

[110]- Cassio Scarpinella Bueno, *Propostas Para Uma Nova Lei Para o Mandado de Segurança*, p. 1, nota de rodapé n. 6.
[111]- Bruno Garcia Redondo, Guilherme Peres de Oliveira e Ronaldo Cramer, *Mandado de Segurança – Comentários à Lei 12.016/09*, p. 56.
[112] - Cassio Scarpinella Bueno, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, p. 16.

extrajudicial feita por cartório de títulos e documentos[113] e quem defenda ser indispensável que a notificação seja judicial.[114]

A segunda emenda suprimia os parágrafos 2º e 3º do artigo 4º. Argumentou-se que com a nova redação do *caput* desse artigo, que estabelece a possibilidade de impetração de mandado de segurança por qualquer meio eletrônico de autenticidade comprovada, os parágrafos 2º e 3º seriam desnecessários. Bastaria a análise da Lei 9.800/99, que trata da transmissão de atos processuais por fax, e da Lei 11.419/06, que disciplina o processo eletrônico (a esse respeito, v. item 4.3, *infra*).

A emenda número 3 alterava o *caput* e os parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 6º. No *caput*, corrigia uma incoerência do projeto de lei, substituindo a expressão "*requisitos estabelecidos pela lei processual*" por "*requisitos estabelecidos pelos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil*" (sobre as incoerências da LMS, v. *infra*, 4.1), e propunha que a petição inicial fosse apresentada em três vias, não em duas, tendo em vista que o artigo 7º, inciso II, tornou obrigatório que se dê ciência do feito também à pessoa jurídica interessada (v. *infra*, item 3.3). A apresentação de três vias da petição inicial contribuiria para agilizar a tramitação do processo.

Em relação ao §3º do artigo 6º, a emenda propunha uma alteração de redação sob o fundamento de adequá-la ao entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca de quem é a autoridade, sem, contudo, eliminar totalmente o problema de redação dessa norma.[115] Acrescentava ao §4º a necessidade de nova notificação da autoridade para prestar informações, no prazo de dez dias, quando a petição inicial fosse aditada. E suprimia o §5º por considerar que essa norma, do modo que foi redigida, daria a impressão de que somente as sentenças terminativas seriam sentenças denegatórias de mandado de segurança, e por considerar desnecessária a menção expressa ao artigo 267 do CPC, já que haveria aplicação subsidiária dos artigos do CPC aos processos de mandado de segurança (v. *infra*, item 3.6.1).

A quarta emenda alterava o artigo 7º do projeto de lei. Foram propostas alterações no inciso II, com o objetivo de tornar obrigatório o ingresso no processo da pessoa jurídica

---

[113]- Firly Nascimento Filho, in *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, coord. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, p. 27.
[114]- Mirna Cianci, *Mandado de Segurança*, p. 121.
[115]- A redação prevista na emenda era a seguinte: "*Considera-se autoridade coatora aquela que tenha poder deliberatório ou decisório sobre a prática do ato impugnado.*".

interessada. Para tanto, propôs-se a substituição de “que se dê ciência” por “que seja citado”, a supressão da palavra “querendo” e a menção expressa ao fato de que a citação seria para a apresentação de contestação. A ideia por trás dessa sugestão seria deixar clara a opção do legislador por considerar que existe litisconsórcio necessário entre a autoridade e a pessoa jurídica (v. *infra*, item 3.3.1).

Essa emenda também removia a possibilidade de o julgador exigir a apresentação de contracautela no caso de concessão de liminar, previsão que existe na parte final do inciso III do artigo 7º, argumentando-se que essa previsão é desnecessária, por já existir nos artigos 804 e 805 do CPC. Também se defendeu que, da forma como está redigida, essa norma pode passar a impressão de que a caução é um requisito para a concessão da liminar.

Ainda, a quarta emenda suprimia os §2º e 5º do artigo 7º, que restringem as possibilidades de concessão de liminares, por considerar essas restrições inconstitucionais, e também o §4º, por se considerar que a prioridade para julgamento deve haver sempre, independentemente a concessão da liminar (v. *infra*, item 4.1).

Na quinta emenda propunha-se que o artigo 9º fosse removido do texto do projeto de lei, por se considerar que se trata de uma redundância. A combinação do artigo 13 com o inciso II do artigo 7º do projeto de lei já faria com que os representantes da pessoa jurídica interessada fossem notificados diretamente da eventual concessão de uma liminar. Ainda, defendeu-se que a nova redação do artigo 3º da Lei 4.348/64 já determinava a intimação direta dos órgãos de representação judicial das pessoas jurídicas.

Nesse último aspecto, contudo, há um equívoco. Constava do projeto de lei que a Lei 4.348/64 seria integralmente revogada, de forma que seu artigo 3º desapareceria. Não existiria, então, essa segunda redundância.

A sexta emenda alterava o artigo 12, primeiro para corrigir um problema de redação: no *caput* menciona-se apenas o inciso I do artigo 7º, quando deveria também haver menção ao inciso II (v. *infra*, item 4.1). Também criava um parágrafo 1º, estabelecendo que a intervenção do Ministério Público somente seria obrigatória nos casos em que “*o direito ou interesse reclamado pelo impetrante o justificar e nos casos de mandado de segurança coletivo*”. O objetivo dessa alteração era o de permitir que, nos

mandados de segurança individuais, o próprio Ministério Público decidisse sobre a necessidade de sua intervenção.

A sétima emenda acrescentava ao parágrafo único do artigo 16 o prazo para a interposição do agravo – cinco dias – o mesmo prazo previsto para o agravo disciplinado pelo §1º do artigo 557 do CPC. A ausência de menção aos prazos recursais é um dos problemas da Lei 12.016/09 (v. *infra*, item 3.6), mas não foram apresentadas emendas para incluir os prazos dos outros recursos constantes da LMS.

A oitava e a nona emendas diziam respeito do mandado de segurança coletivo. Por meio da oitava emenda acrescentava-se um novo inciso I ao artigo 21, renumerando-se os demais, para deixar expressa a possibilidade de utilização de mandado de segurança coletivo para a defesa de direitos difusos (v. *infra*, 4.4). A redação proposta para esse inciso é praticamente idêntica à do inciso I do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).[116] Também se propunha a correção de um erro de concordância existente no final do *caput* do artigo 21, no qual constava a expressão "*dispensado, para tanto, autorização especial.*".

Essa alteração – de dispensado para dispensada – foi a única alteração do projeto de lei levada a efeito, mesmo não tendo sido acolhida a emenda.

Já a emenda número 9 tinha por base a emenda anterior, pois alterava os efeitos da coisa julgada em mandado de segurança coletivo, considerando-se os direitos por ele defendidos. Foi utilizada a redação do artigo 103 do CDC como base para nova redação proposta para o artigo 22. Também foi proposta a positivação do entendimento de que a sentença que denega a segurança por ausência de "direito líquido e certo" não faz coisa julgada material e a alteração da norma que impunha a desistência do mandado de segurança individual para que fosse possível se beneficiar de eventual julgamento de procedência do mandado de segurança coletivo, para que passasse a ser necessário apenas

[116]- Há duas diferenças. No inciso I do artigo 81 do CDC menciona-se "interesses ou direitos difusos" e no inciso proposto menciona-se apenas "difusos", sendo que no parágrafo único faz-se apenas menção a direitos e não a interesses. E se substituiu a expressão "para efeitos deste Código" por "para efeito desta Lei", havendo apenas uma adaptação.

um pedido de suspensão do processo. Essa norma então passaria a ter redação semelhante à do artigo 104 do CDC.[117]

A décima emenda propunha ampliar, para 365 dias, o prazo para a impetração de mandado de segurança. A justificativa para essa proposta era a existência da polêmica acerca da constitucionalidade da fixação de um prazo para impetrar mandado de segurança – que, como exposto, ainda existe em sede doutrinária, a despeito de a questão ter sido pacificada em sede jurisprudencial (v. *supra*, item 2.1).

Quando da apresentação dessa emenda estava em trâmite o Projeto de Lei do Senado 368/2007, de autoria do senador Marco Maciel, que pretendia simplesmente abolir o prazo para impetração. Entretanto, ao analisar esse projeto, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado (CCJ) optou por uma solução consensual, nem abolindo nem mantendo o prazo de 120 dias para a impetração, mas sim o ampliando para 365 dias.[118] Considerando que já haviam sido travadas discussões a respeito dessa norma, o senador Valter Pereira optou por apresentar o resultado dessas discussões na forma de uma emenda ao Projeto de Lei 125/2006.

A emenda número 11 propunha a alteração do artigo 24 do projeto de lei, que prevê a aplicação ao processo de mandado de segurança dos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil, para que passasse a ser prevista a aplicação subsidiária de todas as normas do CPC, "*no que não conflitar com as regras desta Lei e com sua natureza*". Acolhiam-se, nesse aspecto, manifestações doutrinárias acerca da aplicação subsidiária do CPC ao processo de mandado de segurança. Entretanto, mesmo que essa alteração tivesse sido

---

[117]- A redação proposta para o artigo 22 era a seguinte: "*Art. 22. No mandado de segurança coletivo a sentença fará coisa julgada: I* - erga omnes, *na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 21. II* - ultra partes, *mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe substituída pelo impetrante, na hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 21. III* - erga omnes, *apenas no caso de concessão da segurança para beneficiar todos os substituídos pelo impetrante, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 21. § 1° Não haverá formação da coisa julgada material quando reconhecida, por sentença, a inexistência do direito líquido e certo. §2° Na hipótese prevista no inciso III deste artigo, em caso de denegação da segurança com análise do mérito, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor mandado de segurança individual. §3º 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 o mesmo não requerer a suspensão de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. §4º 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 setenta e duas horas.*".

[118]- Essas informações constam do parecer pela aprovação do PLC 125/2006, disponível em http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/61495.pdf (acesso em 30.12.12).

acolhida provavelmente continuariam a existir muitas das questões a respeito da aplicação subsidiária do CPC aos processos de mandado de segurança (v. *infra*, item 3.6).

Uma antiga pretensão dos advogados foi apresentada na emenda número 12: a necessidade de condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência. Essa proposta de alteração do projeto de lei aumentava os benefícios daquele que optasse pela impetração de mandado de segurança, pois a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência era prevista como cabível apenas em caso de julgamento de procedência da demanda, para evitar que o risco de condenação do impetrante a pagar honorários de sucumbência inibisse impetrações.

Essa emenda, ainda, excluía a cobrança de "*taxas, custas ou despesas de qualquer espécie e em qualquer instância ou Tribunal*", com o objetivo de equiparar o mandado de segurança, nesse aspecto, ao *habeas corpus* e ao *habeas data*, ações consideradas "gratuitas" pelo inciso LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

A penúltima emenda, de número 13, estabelecia seis meses de *vacatio legis* e, ainda, que a nova lei não se aplicaria aos processos em tramitação quando de sua entrada em vigor. A justificativa para o estabelecimento da *vacatio legis* é a necessidade de concessão de prazo razoável para que os operadores do direito possam se adaptar às suas normas, evitando-se insegurança jurídica. Já a razão para se prever a inaplicabilidade da lei aos processos em curso é a de "*evitar discussões relativas ao direito intertemporal*", mencionadas como sendo de difícil solução.

Entretanto, a análise das opiniões dos processualistas sobre o conflito de leis processuais no tempo demonstra que a questão não suscita controvérsias ou dificuldades. As regras a respeito do tema podem ser sintetizadas em apenas uma: a nova legislação processual só se aplica aos atos processuais futuros. Como decorrência lógica dessa regra, tem-se que a nova legislação se aplica aos processos em curso, mas não afeta os atos processuais já praticados.[119]

Por fim, a última emenda acrescentava dentre as normas revogadas pela Lei 12.016/09 o artigo 19 da Lei 10.910/04, que alterou o artigo 3º da Lei 4.384/64. Mesmo diante do artigo 9º da Lei Complementar 95/98, que determina a necessidade de

[119]- Nesse sentido: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 100, e Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 24.

menção expressa às leis que estão sendo revogadas pela lei que entra em vigor, a necessidade de menção expressa ao artigo 19 da Lei 10.910/04 é questionável. Afinal, tendo havido apenas alteração da redação de um artigo da Lei 4.384/64 e tendo havido revogação integral dessa lei, o artigo 19 da Lei 10.910/04 também seria revogado (como foi, a despeito da ausência de menção expressa nesse sentido).[120] Todavia, a menção expressa a todas as leis revogadas confere maior clareza a esse respeito.

Entretanto, se é preciso mencionar expressamente todas as leis e artigos de lei que estão sendo revogados, inclusive leis e artigos que foram incorporados por outras leis, era também necessária menção expressa à revogação do artigo 14 da Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 4º da Lei 4.384/64.

A despeito de a maior parte das emendas apresentadas pelo senador Valter Pereira aperfeiçoar o projeto de lei, melhorando a regulamentação do mandado de segurança, nenhuma foi incorporada ao seu texto.

Quando das discussões sobre as emendas apresentadas, que ocorreram em 2009, houve uma repentina pressa na aprovação do projeto de lei – que fora apresentado oito anos antes, em 2001, e que tramitava no Senado desde 2006. Em 13 de abril de 2009 foi celebrado o "II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo" entre os chefes do Poder Executivo, Poder Legislativo e do Poder Judiciário. O intuito da celebração desse "Pacto" foi aprimorar a prestação jurisdicional, sendo que uma das formas previstas para alcançar esse objetivo foi dar prioridade à tramitação de diversos projetos de lei, dentre os quais se incluía o projeto da nova lei de mandado de segurança.[121]

Diante da necessidade de acelerar a aprovação do projeto de lei, o relator do PLC 125/2006, Tasso Jereissati, opinou pela rejeição de todas as emendas apresentadas pelo senador Valter Pereira, argumentando que a aprovação das emendas apenas no Senado faria com que o projeto de lei tivesse de retornar à Câmara dos Deputados para nova votação, havendo ainda maior atraso em sua aprovação. E argumentou que o projeto de lei

---

[120]- A despeito da obrigatoriedade de menção a todas as normas revogadas, instituída pela LC 95/98, a ausência de menção expressa não faz com que, necessariamente, uma norma permaneça em vigor. Continua a existir a revogação tácita das disposições legais anteriores sobre o mesmo tema e das normas incompatíveis com a nova legislação, aplicando-se o §1º do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657/42).

[121]- A íntegra do "II Pacto Republicano" está disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm, acesso em 15.01.2013.

seria "*legislação renovada e inovadora*", sendo necessária sua aprovação o mais rapidamente possível.

Ao ter conhecimento do parecer o senador Valter Pereira optou por retirar todas as emendas que havia apresentado e por reapresentá-las depois da aprovação do PLC 125/2006, como um novo projeto de lei.

No parecer pela aprovação do projeto, o senador Tasso Jereissati elogiou a retirada das emendas, argumentando que a aprovação de uma nova lei para o mandado de segurança supostamente iria "*ao encontro do anseio da enorme maioria dos operadores do direito que há anos demandam reforma no instituto, concretizada no projeto em tela*".[122]

A despeito dessa afirmação, não é possível encontrar muitas manifestações nesse sentido.

Como será demonstrado ao longo deste trabalho, desde a criação do mandado de segurança foram feitas muitas críticas à sua regulamentação. Mas essas críticas são a pontos específicos, não à lei do mandado de segurança como um todo. Ainda, e embora seja claro que a consolidação de todos os diplomas legais que tratam do mandado segurança em uma única lei seja útil, quando da realização das mencionadas críticas o que se propõe são formas de interpretação das leis em vigor, não sendo formulado pedido de criação de uma nova lei, muito menos de "reforma do instituto".

E, ainda que realmente existissem muitos pedidos de reforma da lei do mandado de segurança, é bastante claro que o PLC 125/2006 não reformou o mandado de segurança. Apenas consolidou a legislação e parte da jurisprudência que existe sobre o tema. Ao contrário do mencionado no parecer pela aprovação do projeto de lei, este não concretiza qualquer reforma do mandado de segurança.

O que parece ter realmente ocorrido é que passou a haver, por qualquer razão e depois de oito anos de tramitação, pressa na aprovação do projeto de lei. Devido a essa súbita pressa, e para evitar maiores atrasos, foram deixadas de lado todas as propostas de alteração do PLC 125/2006, sendo usados como justificativa os alegados "anseios dos

[122]- A íntegra do parecer (Parecer n. 941/2009, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) está disponível no site do Senado, em http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/61495.pdf (acesso em 30.12.12).

operadores de direito". O resultado foi a aprovação de um projeto de lei inferior ao que poderia ter sido aprovado.

Não obstante, no parecer pela aprovação do PLC 125/2006 tal como enviado pela Câmara dos Deputados, ou seja, sem a inclusão de qualquer das emendas apresentadas no Senado, afirma-se que esse projeto teria elevado nível técnico e já representaria um grande avanço em relação à Lei 1.533/51, por unificar as normas que tratam do mandado de segurança, "*atualizando-as com espeque nas mais modernas orientações jurisprudenciais*". Por essas razões, o projeto de lei, como feito, e de acordo com a opinião do senador Tasso Jereissati, já facilitaria a compreensão do mandado de segurança pelos operadores de direito e pelos cidadãos.

Não é essa a opinião de muitos dos juristas que analisaram a Lei 12.016/09, como será demonstrado no tópico seguinte.

Ao final, houve veto presidencial a dois dispositivos do PLC 125/2006.[123]

O primeiro foi o parágrafo único do artigo 5º, que disciplinava o mandado de segurança por omissão. Essa norma estabelecia a necessidade de prévia notificação da autoridade para que a omissão ficasse caracterizada.[124]

Como razões para o veto foram mencionadas a ausência de referência ao termo inicial para a contagem do prazo de 120 dias e ao prazo que a autoridade teria para praticar o ato mencionado na notificação. Ainda, considerou-se problemática a falta de menção às consequências de a autoridade notificada não ser a competente para praticar o ato pleiteado pelo notificante.

Com o veto, continuou a inexistir regulamentação específica para o mandado de segurança por omissão.

O segundo dispositivo vetado foi o §4º do artigo 6º. Nas razões para o veto afirmou-se que a redação desse parágrafo permitia a interpretação de que eventuais aditamentos à petição inicial, feitos para corrigir a autoridade que se encontra no pólo

---

[123]- A íntegra do veto está disponível em www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t= 72346&tp=1, acesso em 30.12.12.

[124]- A redação do parágrafo único do artigo 5º era a seguinte: "*O mandado de segurança poderá ser impetrado, independentemente de recurso hierárquico, contra omissões da autoridade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, após sua notificação judicial ou extrajudicial.*".

passivo do processo, teriam de ser feitos durante o prazo de 120 dias para a impetração, o que "*prejudica a utilização do remédio constitucional*", principalmente em se considerando as dificuldades de se identificar a autoridade responsável por parte do "*cidadão comum*".

Das justificativas para o veto nota-se que o problema na redação dessa norma foi a expressão "respeitado o prazo decadencial", que foi incluída pelo deputado Antonio Carlos Biscaia por meio de uma emenda apresentada quando o projeto de lei tramitava na Câmara dos Deputados. Ao final, esse veto acabou por prejudicar outros entendimentos sobre o procedimento a ser seguido no mandado de segurança.

2.4 Panorama da Lei 12.016/09

As opiniões sobre a nova lei do mandado de segurança convergem para uma conclusão comum: a Lei 12.016/09 tem pontos positivos e negativos; avanços e retrocessos. Alguns consideram que a LMS tem mais aspectos positivos que negativos; outros, o contrário. Mas há consenso de que a Lei 12.016/09 não é boa ou ruim em sua totalidade.

Cassio Scarpinella Bueno desejou que a Lei 12.016/09 tenha vida curta, afirmando que "*o mandado de segurança não a merece*",[125] mas reconheceu que a LMS contém alguns avanços.[126] Estevão Mallet, um dos críticos mais incisivos da LMS, afirma que a Lei 12.016/09 "*tipifica evidente retrocesso normativo*", mas admite que há alguma inovação.[127] Seguem essa mesma linha José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, que afirmam ser a nova lei do mandado de segurança deficitária, havendo "*poucos pontos em que houve algum avanço*". [128]

[125]- Cassio Scarpinella Bueno, *Propostas Para Uma Nova Lei Para o Mandado de Segurança*, p. 1.
[126]- Cassio Scarpinella Bueno, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, p. 4.
[127]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: avanço ou retrocesso?*, p. 38. Na mesma frase em que critica a Lei 12.016/09 como um todo afirma que se trata de uma lei "*pouco inovadora*", admitindo que há alguma inovação. E, ao final, afirma que "*O juízo que se pode fazer da Lei nº 12.016/09 não é positivo*", pois essa lei "*não traz avanços dignos de nota*" (Idem, ibidem, p. 45).
[128]- José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, p. 9.

Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos têm uma visão mais positiva da Lei 12.016/09, afirmando que, embora alguns de seus pontos sejam criticáveis, "*muitas de suas disposições constituem, verdadeiramente, inovações importantes em nosso sistema processual*".[129] José Antonio Remédio adota posição semelhante, pois lista diversos pontos que considera inovações, mas em seguida afirma que a LMS pode ser criticada por ter mantido restrições ao mandado de segurança e por "*normatizar parte do posicionamento jurisprudencial conservador firmado sob a égide da lei pretérita*".[130] E uma das visões mais positivas sobre a Lei 12.016/09 é dada por Arnoldo Wald, que a considera como o primeiro passo para restaurar a dignidade constitucional do mandado de segurança, que teria sido banalizado com o passar do tempo e não teria mais, na prática, a celeridade na tramitação que é necessária.[131]

Além disso, a grande maioria dos juristas que analisaram a Lei 12.016/09 considera que essa lei trouxe poucas inovações ao mandado de segurança. As críticas mais frequentes à atual lei do mandado de segurança decorrem justamente da ausência de maiores inovações. Essa é a base das críticas feitas por Humberto Theodoro Júnior[132] e Nelson Nery Junior.[133]

Os mais relevantes avanços, retrocessos e omissões da Lei 12.016/09 serão analisados em detalhes nos capítulos seguintes. Neste tópico será feita apenas uma análise geral dessa lei, confrontando-se os objetivos do legislador ao elaborá-la com o efetivamente realizado.

Surge um problema já da análise da Portaria 634/96 do Ministério da Justiça, que instituiu a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto de uma nova lei do mandado de segurança. De acordo com o que consta dessa Portaria, a comissão de juristas estava encarregada de reformar a Lei 1.533/51, para adaptá-la à Constituição Federal de 88. Consta expressamente que a comissão deveria apresentar um projeto de reforma da lei

---

[129]- Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *O Mandado de Segurança na Disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009*, pp. 205-206.
[130]- José Antonio Remédio, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, pp. 221-222.
[131]- Arnoldo Wald, *A Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009)*, pp. 17 e 28.
[132]- Humberto Theodoro Júnior afirma que "*Em alguns pontos, e são pouco numerosos, a nova lei retificou posições dos tribunais, ou, pelo menos, dentre as várias correntes detectadas, optou por uma delas, pondo fim a dissídios pretorianos que insistiam em perdurar. Em outros, porém, lamentavelmente faltou vontade ou coragem para superar dúvidas e divergências.*" (Humberto Theodoro Júnior, *O Mandado de Segurança Segundo a Lei n. 12.016/09, de 07 de Agosto de 2009*, p. IX).
[133]- "*O texto da lei não é bom e contém muitas falhas (...). Poderia fazer outras críticas ao texto, que pouco ou nada avançou relativamente ao texto da lei anterior*" (Trecho extraído do prefácio da obra *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, et. al., pp. 18-19).

do mandado de segurança.[134] Basicamente, portanto, seria necessário regulamentar o mandado de segurança coletivo e acrescentar menção ao não-cabimento de mandado de segurança para a defesa de direitos resguardados por *habeas data*, pois essas foram as duas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 ao mandado de segurança.

Claramente não foi esse o realizado. A comissão de juristas, como exposto, optou por criar uma nova lei. E de acordo com o que consta da exposição de motivos do projeto de lei, o objetivo de se fazer uma nova lei para regulamentar o mandado de segurança era consolidar a legislação sobre o tema em um único diploma legal e positivar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já pacificados, não atualizar a Lei 1.533/51 para adequá-la à CF de 88.

Posto isso, considerando-se os objetivos descritos na exposição de motivos e confrontando-os com a Lei 12.016/09, verifica-se que o legislador teve êxito apenas parcial e que nem tudo o que foi afirmado na exposição de motivos foi seguido à risca.

O primeiro ponto é referente à linguagem adotada na Lei 12.016/09. Na exposição de motivos do projeto de lei afirmou-se que "*em princípio*" seriam mantidas a redação e a sistemática da Lei 1.533/51, para se evitar que surgissem novas dúvidas a respeito de normas que já tinham sua interpretação consolidada. Essa afirmação faz todo o sentido, tendo em vista que, como mencionado, o objetivo declarado de se elaborar uma nova lei para o mandado de segurança não era o de inovar, mas sim apenas o de consolidar normas e entendimentos jurisprudenciais a seu respeito.

Nesse aspecto, verifica-se que, efetivamente, vários dos termos e expressões que constavam da Lei 1.533/51 e cuja utilização está consagrada na prática forense foram mantidos. Como exemplos podem ser citadas a manutenção da menção à autoridade "coatora" – termo tecnicamente incorreto – no artigo 2º, no *caput* e nos §§2º e 3º do artigo 6º, no *caput* do artigo 13 e no §2º do artigo 14 da Lei 12.016/09, assim como a manutenção da expressão "direito líquido e certo" (arts. 1º e 3º), também tecnicamente incorreta.

---

[134]- Portaria 634, de 23 de outubro de 1996, do Ministério da Justiça: "*CONSIDERANDO que a Constituição de 1988 imprimiu, em alguns aspectos, nova conformação aos institutos do mandado de segurança, da ação civil pública, da ação popular e da representação interventiva; (...) resolve: 1. Constituir, no âmbito do Ministério da Justiça, Comissão composta dos seguintes Juristas: (...) para: a) formular proposta de reforma das leis que dispõem sobre: I – ação popular; II – ação civil pública; III – mandado de segurança; IV – representação interventiva;*".

Entretanto, ao se analisar as diferenças apenas de redação entre as duas leis (ou seja, os pontos em que as alterações não mudaram conceitos nem geraram consequências do ponto de vista jurídico), nota-se que o legislador de 2009 promoveu muitas alterações pontuais, o que não condiz com a afirmação feita na exposição de motivos. Efetivamente o conteúdo das normas que constavam as leis que anteriormente regiam o mandado de segurança foi pouco alterado do ponto de vista jurídico. Mas a redação de muitas dessas normas foi modificada.

Sendo comparado o texto da Lei 12.016/09 com o texto das leis que tiveram seus artigos incorporados por ela verifica-se que o legislador de 2009 alterou sete vírgulas dos textos legais anteriores.[135] Foram também incluídas duas crases: uma no §1º do artigo 6º ("*à prova do alegado*"), sendo novamente incluída uma crase que havia sido retirada pela Lei 4.166/62, e outra no §1º do artigo 20 ("*primeira sessão que se seguir à data*"). Essas normas são correspondentes ao parágrafo único do artigo 6º e ao *caput* do artigo 17 da Lei 1.533/51.

Foram também feitas alterações de letras maiúsculas e minúsculas. No §1º do artigo 1º a palavra "Lei" voltou a ser escrita com letra maiúscula e a expressão "poder público" voltou a ser escrita com iniciais minúsculas, como ocorria antes da Lei 9.259/96. No *caput* e no §1º do artigo 15 da LMS, correspondentes ao *caput* e ao §1º do artigo 4º da Lei 4.348/64, "presidente do tribunal" passou a ser escrito com letras minúsculas.

Outro ponto a ser destacado é que o legislador promoveu alterações que são apenas de estilo de escrita, mudando a redação de diversos artigos sem alterar-lhes o conteúdo e sem que as alterações tivessem qualquer significado em termos técnicos ou de coerência com as demais normas da lei.

---

[135]- As alterações estão no artigo 3º (removeu-se a vírgula que existia após a palavra "terceiro"), no §1º do artigo 6º, equivalente ao parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533/51 (removeu-se a vírgula que existia após "estabelecimento público"), no artigo 7º, inciso I (acrescentaram-se vírgulas após "documentos", "a fim de que" e "dias") e inciso III, equivalente ao inciso II da Lei 1.533/51 (acrescentou-se vírgula depois de "pedido"), no artigo 8º, correspondente ao artigo 2º da Lei 4.348/64 (removeu-se a vírgula que existia depois de "Ministério Público"), no artigo 13, correspondente ao artigo 11 da Lei 1.533/51 (acrescentou-se uma vírgula após "juízo"), no *caput* do artigo 14, correspondente ao artigo 12 da Lei 1.533/51 (acrescentou-se uma vírgula após "mandado"), no artigo 15, correspondente ao artigo 4º da Lei 4.348/64 (retirou-se a vírgula que existia depois de "liminar" e acrescentou-se outra depois de "efeito suspensivo"), e também em seu §4º, correspondente ao §7º do artigo 4º da Lei 4.348/64 (retirou-se a vírgula que existia depois de "liminar"), no artigo 16, correspondente ao artigo 14 da Lei 1.533/51 (acrescentou-se uma vírgula depois de "tribunais"), no §1º do artigo 20, correspondente ao *caput* do artigo 17 da Lei 1.533/51 (incluiu-se uma vírgula depois de "instância superior") e, por fim, no artigo 23, correspondente ao artigo 18 da Lei 1.533/51 (acrescentou-se uma vírgula depois de "dias").

Foi o realizado na parte final do artigo 3º da LMS, correspondente ao artigo 3º da Lei 1.533/51: substituiu-se "*apesar de para isso notificado judicialmente*" por "*quando notificado judicialmente*". Não há qualquer relevância nessa alteração. Trata-se apenas de uma preferência do legislador. O mesmo ocorreu no inciso I do artigo 5º da LMS. Foi alterada a conjunção "de que" para "do qual". As duas formas estão corretas. Houve também uma alteração de estilo no inciso I do artigo 7º: substituiu-se "entregando-lhe" por "enviando-lhe". E, por fim, alterou-se a redação do *caput* do artigo 16 da LMS, correspondente ao artigo 14 da Lei 1.533/51. A frase "Nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais" foi substituída pela frase "Nos casos de competência originária dos tribunais". Juridicamente não há qualquer diferença entre essas duas normas.

O interessante é que alguns erros de redação – que também não têm relevância em termos jurídicos – foram mantidos. É o caso da expressão "cópia autêntica", constante do §1º do artigo 6º da LMS (correspondente ao parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533/51). Trata-se de uma contradição em termos: algo pode ser autêntico ou cópia; nunca uma cópia autêntica. Esses termos são antônimos. Na realidade essa expressão deve ser lida como sendo cópia autenticada.

Igualmente não houve correção de alguns erros técnicos. Foi mantida, no artigo 8º da LMS (correspondente ao artigo 2º da Lei 4.348/64), a palavra "decretada", constando que "*Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar*" quando da inércia do impetrante. Juízes, ao atuar em processos judiciais, decidem e julgam; não decretam. Em termos jurídicos, o decreto é ato do Presidente da República (CF, art. 84, inc. IV) e o Poder Legislativo tem a possibilidade de expedir decretos legislativos (CF, arts. 49, 59, inc. VI, e 62, §3º). O Poder Judiciário não expede decretos. Mas essa impropriedade terminológica é também encontrada na Constituição Federal.[136] E até hoje, infelizmente, vê-se magistrados "decretando" a procedência ou improcedência de demandas judiciais.

Por fim, frases pouco claras foram mantidas e foram acrescentados problemas de redação (v. *infra*, item 4.1).

---

[136]- Constam da Constituição Federal as seguintes frases, todas referentes a decisões judiciais: "*decretação do perdimento de bens*" (CF, art. 5º, inc. XLV); "*Perderá o mandato o Deputado ou Senador (...) V - quando o decretar a Justiça Eleitoral*" (CF, art. 55, inc. V); e "*decretarem a perda de mandatos eletivos*" (CF, art. 121, §4º, inc. IV).

Escapa ao âmbito deste trabalho analisar todas as alterações de redação que foram realizadas pela Lei 12.016/09 e que não têm consequências jurídicas. Tampouco é o objetivo analisar se, em termos gramaticais, as alterações de vírgulas, crases e de redação em geral estão corretas. Essa tarefa se deixa para os linguistas, mais capacitados para realizá-la. Serão analisadas apenas as alterações mais relevantes, que tornaram o texto legal mais claro ou mais coerente, assim como as mudanças que pioraram ou tornaram incongruente a redação e, especialmente, as alterações de redação que tiveram consequências jurídicas.

O ponto que se pretende ressaltar com a menção a essas alterações feitas pelo legislador é que, ao contrário do mencionado na exposição de motivos da Lei 12.016/09, não houve "a princípio" manutenção da redação. Os dois conceitos específicos do mandado de segurança – "autoridade coatora" e "direito líquido e certo" – foram mantidos. Mas, no que toca à redação da lei, a impressão que se tem é a de que o legislador alterou todos os pontos que considerou equivocados, descendo aos mínimos detalhes, pois chegou ao ponto de incluir e retirar vírgulas do texto das leis que foram incorporadas. E, tendo sido esse o trabalho realizado, não faz sentido que não tenham sido corrigidos todos os problemas de redação que constavam das leis anteriores e que foram incorporadas pela Lei 12.016/09.

Em relação à consolidação da legislação esparsa sobre o mandado de segurança, houve êxito quase total. Há apenas três problemas na Lei 12.016/09 a esse respeito.

O primeiro é não ter sido incorporado ao texto da Lei 12.016/09 o artigo 25 da Lei 8.038/90, que trata do pedido de suspensão de segurança nos casos de competência originária dos tribunais para julgamento do mandado de segurança. Para encontrá-lo, então, o intérprete ainda terá de se valer de outra lei. Trata-se de uma omissão inexplicável, tendo em vista que a Lei 8.038/90 entrou em vigor anos antes da instituição da comissão de juristas encarregada de elaborar uma nova lei para o mandado de segurança.

O segundo problema é que, como mencionado, não houve revogação expressa do artigo 14 da Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao artigo 4º da Lei 4.384/64 (e, por via indireta, também os §§5º a 8º da Lei 8.437/92), a despeito de essas normas terem sido incorporadas, consistindo nos parágrafos 1º a 5º do artigo 15 da Lei 12.016/09. Mas como o conteúdo desses parágrafos é, em termos

jurídicos, idêntico ao dos parágrafos revogados (foram realizadas apenas pequenas alterações de redação, sem relevância do ponto de vista jurídico), a ausência de menção à revogação expressa do artigo 14 da MP 2.180-35 não traz maiores problemas para os operadores de direito.

O terceiro e último problema a esse respeito é o fato de ter sido desconsiderada a Lei 10.910/04, que alterou a redação do artigo 3º da Lei 4.348/64. Trata-se de omissão que não pode ser imputada à comissão de juristas que elaborou o projeto de lei, pois o projeto foi entregue em 16 de abril de 2001, muito antes do advento da Lei 10.910, que entrou em vigor no dia 15 de julho de 2004. Mas, por essa razão, as mudanças no artigo 3º da Lei 4.348/64 foram ignoradas. E a consequência é que o artigo 9º da LMS tem redação idêntica à redação anterior do artigo 3º da Lei 4.348/64, tendo sido ignorada a alteração efetuada em 2004.

De todo modo, tendo em vista que a Lei 12.016/09 regulamentou na integralidade o mandado de segurança e que revogou expressamente a Lei 4.348/64, não há como sustentar que ainda estão em vigor o artigo 3º da Lei 4.348/64, com sua última redação, ou o artigo 19 da Lei 10.910/04, que conferiu a nova redação ao artigo 3º da Lei 4.348/64. Ainda que o artigo 19 da Lei 10.910/04 tivesse existência autônoma, desvinculada da Lei 4.348/64, teria sido revogado tacitamente pela Lei 12.016/09.

Mas é preciso salientar que essa alteração de redação não tem maiores consequências, pois há uma incongruência na LMS (v. *infra*, item 4.1). Seu artigo 7º, inciso II, estabelece ser dever do juízo enviar à pessoa jurídica interessada na causa uma cópia da petição inicial, independentemente da concessão de liminar. Então caso o artigo 3º da Lei 4.348/64, com sua última redação, tivesse sido incorporado à LMS, haveria apenas uma redundância na obrigação de comunicação da decisão liminar aos representantes da pessoa jurídica interessada. A única diferença seria a existência do prazo impróprio de 48 horas para que essa comunicação fosse realizada. Devido ao fato de ter sido ignorada a última redação do artigo 3º da Lei 4.348/64, voltou a constar da LMS, em seu artigo 9º, o dever de a autoridade administrativa comunicar o representante da pessoa jurídica interessada na causa. Em termos práticos, não há qualquer diferença: com a redação atual, em sendo concedida liminar em processos de mandado de segurança o representante da pessoa jurídica interessada tem de ser comunicado duas vezes dessa decisão, uma pelo juízo (LMS, art. 7º, inc. II) e outra pela autoridade administrativa (LMS, art. 9º).

O fato de ter sido ignorada a última redação do artigo 3º da Lei 4.348/64 traz apenas uma consequência prática: tanto o artigo 7º, inciso II, quanto o artigo 9º da LMS estabelecem que a cópia da inicial deve ser enviada ao representante da pessoa jurídica interessada sem os documentos que instruíram a petição inicial. Já o artigo 3º da Lei 4.348/64, na última redação que lhe foi conferida, determinava que também fossem enviados os documentos mencionados na decisão proferida no processo de mandado de segurança. Esse dever desapareceu com o advento da Lei 12.016/09.

Em relação às demais normas que tratam do mandado de segurança, o legislador optou por não incorporar à LMS as normas que se encontram na Constituição Federal. Essas normas tratam da competência originária para o julgamento de mandados de segurança e para o julgamento de recursos apresentados nesses processos (CF, arts. 102, inc. I, alínea "d", e inc. II, alínea "a"; art. 105, inc. I, alínea "d", e inc. II, alínea "b"; art. 108, inc. I, alínea "c"; art. 109, inc. VIII; art. 114, inc. IV; e art. 121, §3º e §4º, inc. V).

Por se tratar de normas que têm hierarquia superior, o legislador ordinário somente poderia tê-las reproduzido ou regulamentado, nos casos em que a Constituição Federal é omissa (como ocorre com o inciso VIII do artigo 109 da CF – v. *infra*, item 3.4). E, como será demonstrado, muitos dos problemas do mandado de segurança dizem respeito à competência, existindo diversas súmulas dos tribunais superiores a esse respeito.

A despeito de ter ignorado o que consta da Constituição Federal, o legislador optou por incorporar, em parte e com redação pior, os artigos 539 e 541 do Código de Processo Civil, que tratam dos casos de interposição de recurso especial, recurso extraordinário e de recurso ordinário, em apenas um artigo: o artigo 18 da Lei 12.016/09. O resultado é uma redação que se presta a interpretação equivocada (v. *infra*, item 4.1).

No mais, as leis e os artigos de lei que tratam especificamente do mandado de segurança foram incorporados ou revogados expressamente pela LMS. Mas em poucos casos foram incorporadas normas gerais aplicáveis aos processos de mandado (v., a respeito da aplicabilidade subsidiária do CPC, *infra*, item 3.6).

Mas a situação muda completamente quando se analisa a jurisprudência consolidada sobre o mandado de segurança. Poucos dos entendimentos jurisprudenciais pacíficos sobre o tema foram positivados.

É fato que positivar os entendimentos jurisprudenciais sobre o mandado de segurança, mesmo aqueles que constam de súmulas dos tribunais superiores, não é tarefa simples. Quando da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas, em abril de 2001, existiam vinte e cinco súmulas do Supremo Tribunal Federal, seis súmulas do Superior Tribunal de Justiça e dez súmulas do extinto Tribunal Federal de Recursos sobre mandado de segurança, em um total de quarenta e uma súmulas – sem considerar os enunciados e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho. Havia, ainda, jurisprudência pacífica sobre alguns temas e que não estava sumulada.

Durante a tramitação do projeto de lei, entre 2001 e 2009, o STF editou outras onze súmulas sobre mandado de segurança (todas aprovadas na sessão plenária de 24 de setembro de 2003) e revogou a súmula 506. Já o STJ editou outras três súmulas e cancelou sua súmula 217. Por fim, depois da entrada em vigor da Lei 12.016/09 o STJ editou sua súmula 460.[137] Em janeiro de 2013, considerando-se apenas STF e STJ, estavam em vigor quarenta e quatro súmulas que consolidam a jurisprudência sobre mandado de segurança.

E se estendendo a pesquisa ao Tribunal Superior do Trabalho (não existem súmulas sobre mandado de segurança no Tribunal Superior Eleitoral ou no Superior Tribunal Militar) a situação se agrava, pois a respeito de mandado de segurança há dez súmulas[138], duas orientações jurisprudenciais do Tribunal Pleno e vinte e oito orientações jurisprudenciais da Seção de Dissídios Individuais II (SDI II).

Mas na Justiça do Trabalho a situação é um pouco diferente, tendo em vista que em algumas das súmulas e orientações jurisprudenciais, a despeito de existir menção ao mandado de segurança, na realidade não se trata de questões processuais atinentes ao mandado de segurança. Exemplos são a súmula 418 e a orientação jurisprudencial 56 da SDI II do Tribunal Superior do Trabalho.[139] Esse problema decorre de um entendimento equivocado do significado da expressão "direito líquido e certo" (v. *supra*, item 2.1).

---

[137]- STJ, súmula 460: "*É incabível mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.*".

[138]- O TST, por meio de sua Resolução 129, de 5 de abril de 2005, alterou de "enunciado" para "súmula" a denominação dos verbetes que consolidam sua jurisprudência dominante.

[139]- TST, súmula 418: "*A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.*". TST, SDI II, orientação jurisprudencial 56: "*Não há direito líquido e certo à execução definitiva na pendência de recurso extraordinário, ou de agravo de instrumento visando a destrancá-lo.*".

Não é objetivo deste trabalho analisar, uma a uma, essas oitenta e quatro súmulas e orientações jurisprudenciais. O ponto a ser ressaltado é que quando da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas existiam dezenas de súmulas dos tribunais superiores a respeito da interpretação das normas que tratam do mandado de segurança, mas poucos desses entendimentos foram positivados.

É necessário, no entanto, fazer algumas ressalvas acerca de quais súmulas poderiam ter sido positivadas pela Lei 12.016/09.

A primeira ressalva é que algumas das súmulas do STF e do TFR tornaram-se ultrapassadas com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 ou até mesmo do CPC de 1973. Não faria sentido que fossem positivadas. Aliás, para facilitar a análise do tema, seria melhor que essas súmulas fossem canceladas.

É o caso da súmula 319 do STF, que estabelece ser de cinco dias o prazo para interposição de recurso ordinário ao STF em processos de mandado de segurança.[140] Com o advento do CPC de 1973 esse prazo passou a ser de quinze dias, por força do disposto em seu artigo 508 (a respeito dos prazos recursais, v. *infra*, item 3.6). A súmula 511 do STF, por sua vez, tornou-se ultrapassada em parte, por fazer menção a norma da Constituição de 67 que não foi reproduzida na Constituição Federal atual.[141] Já em relação ao extinto Tribunal Federal de Recursos evidentemente não tem mais aplicação sua súmula 103, que tratava de sua própria competência para o julgamento de mandados de segurança.[142]

A segunda ressalva é que alguns dos temas tratados nessas súmulas dizem respeito à interpretação de normas constitucionais, de forma que poderia ser questionada a possibilidade de positivação desses entendimentos pelo legislador ordinário. É o que ocorre com as súmulas que tratam da competência do Supremo Tribunal Federal (STF, súmulas 248 e 330), que é definida pelo artigo 102 da Constituição Federal, e com as súmulas do

---

[140]- Essa interpretação tinha por base o artigo 841 do CPC de 1939, que estabelecia ser de cinco o prazo para a interposição de agravos, pois no CPC de 1939 sequer havia menção ao recurso ordinário, e o artigo 586 do Código de Processo Penal, que estabelece ser de cinco dias o prazo para a interposição de recurso voluntário.

[141]- STF, súmula 511: "*Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, §3º.*".

[142]- TFR, súmula 103: "*Compete ao Tribunal Federal de Recursos processar e julgar, originariamente, mandado de segurança impetrado contra ato de órgão colegiado presidido por ministro de Estado.*".

Superior Tribunal de Justiça que tratam de sua competência (STJ, súmulas 41 e 177), que por sua vez é definida no artigo 105 da Constituição Federal.

A terceira ressalva é que algumas dessas súmulas se sobrepõem. A súmula 512 do STF tem conteúdo idêntico ao da súmula 105 do STJ: não cabe condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência em processos de mandado de segurança. O mesmo ocorre com a súmula 597 do STF e a súmula 169 do STJ: em ambas consta que não cabe interposição de embargos infringentes em processos de mandado de segurança.

A quarta ressalva é que as súmulas publicadas depois de 16 de abril de 2001, quando a comissão de juristas apresentou o projeto da nova lei de mandado de segurança, dificilmente seriam consideradas pelo legislador. Mas, considerando-se a intenção da elaboração da Lei 12.016/09 e o fato de terem sido apresentadas e aprovadas emendas ao projeto de lei quando de sua tramitação perante a Câmara dos Deputados, essas súmulas deveriam ter sido consideradas, especialmente as súmulas editadas antes da remessa do projeto de lei ao Senado, em 2006. Como as onze súmulas do STF sobre mandado de segurança foram aprovadas em 24 de setembro de 2003, todas poderiam ter sido consideradas para o fim de apresentação de emendas ao projeto de lei.

Portanto, a despeito da quantidade de súmulas e orientações jurisprudenciais que existem sobre mandado de segurança, nem todos esses entendimentos poderiam ter sido positivados pelo legislador. Mas mesmo em se considerando apenas as súmulas existentes antes de abril de 2001 e que tinham condições de transformação em normas da LMS nota-se que o legislador não foi bem sucedido em positivar todos esses entendimentos jurisprudenciais.

A Lei 12.016/09 possui diversos dispositivos legais “novos”, assim considerados os que não consistem em meras reproduções ou em alterações de artigos de outras leis. Por esse ângulo, são novos: o §2º do artigo 1º; o parágrafo único do artigo 3º; o inciso III do artigo 5º; os §§3º e 5º do artigo 6º; o inciso II e os §§1º, 3º, 4º e 5º do artigo 7º; o §2º do artigo 10; o §2º do artigo 14; o parágrafo único do artigo 16; os artigos 17 e 22, §1º; e os artigos 25, 26 e 27. Mas poucos desses novos dispositivos consistem em positivações de súmulas de tribunais superiores.

Tornaram-se normas jurídicas: a súmula 268 do STF, que se tornou o inciso III do artigo 5º da LMS; parte da súmula 405 do STF e sob o ponto de vista contrário, tendo esse

entendimento se tornado o §3º do artigo 7º da LMS;[143] e as já mencionadas súmulas 512 e 597 do STF e 105 e 169 do STJ, que se tornaram parte do artigo 25 da LMS.[144] E só. As súmulas 269 e 271 do STF constam, em parte, do §4 do artigo 14 da LMS, mas se trata de entendimento que já havia sido positivado pelo artigo 1º da Lei 5.021/66. A Lei 12.016/09 apenas reproduziu esse artigo de lei.

Como se nota, a maior parte das súmulas dos tribunais superiores que tratam do mandado de segurança foi deixada de lado pelo legislador.

A comissão de juristas poderia ter incluído no texto da Lei 12.016/09, seja com sua redação exata, seja com redação melhor ou, ainda, como normas mais genéricas, mas inspiradas em seu teor, as súmulas 101 ("*O mandado de segurança não substitui a ação popular*"), 266 ("*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese*"), 429 ("*A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade*"), 430 ("*Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança*"), 474 ("*Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal*"), 506 ("*O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26/6/1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a 'denega' "*) e 510 ("*Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial*") do STF. Todas essas súmulas foram aprovadas no dia 13 de dezembro de 1963 e estavam em vigor quando da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas. Por não terem sido incluídas no texto da Lei 12.016/09, os operadores do direito terão de continuar a buscá-las para compreender totalmente o mandado de

---

[143]- A súmula 405 do STF tem a seguinte redação: "*Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposta, fica sem efeito a medida concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.*". Ou seja: tratava dos casos em que a liminar perdia os efeitos. Já o artigo 7º, §3º, da LMS, trata desse tema pelo aspecto positivo, estabelecendo quando a liminar mantém os efeitos: "*Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.*". E, ainda, a conversão foi apenas parcial, pois no final da súmula 405 do STF consta que os efeitos da decisão denegatória da segurança são retroativos, o que não consta do §3º do artigo 7º da LMS.

[144]- Essas súmulas são fundadas em dois argumentos principais: há incompatibilidade entre o efeito suspensivo dos embargos infringentes e o processo de mandado de segurança; e as normas do CPC somente se aplicam ao mandado de segurança quando há menção expressa nesse sentido na LMS. A respeito das discussões sobre o cabimento de embargos infringentes em processos de mandado de segurança, v. Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 230-236.

segurança – ressalva feita à súmula 506, que foi revogada em 2002, depois da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas.

Em relação às súmulas do STJ, as de número 202 ("*A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso*"), 213 ("*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*") e 217 ("*Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança*") também poderiam ter se tornado normas da Lei 12.016/09.

Por fim, todas as súmulas que tratam da competência do STF e do STJ para o julgamento de mandados de segurança também poderiam ter sido positivadas. Mas claramente o legislador optou por deixar esse tema de lado, talvez com receio de que artigos da LMS feitos com base nesses entendimentos pudessem ser considerados inconstitucionais.

A esse respeito, é interessante notar que a ausência de positivação de um entendimento jurisprudencial consolidado acabou por ser prejudicial aos impetrantes. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça haviam pacificado o entendimento de só ser cabível o agravo então previsto no artigo 4º da Lei 4.348/64 na hipótese de deferimento da liminar (STF, súmula 506, e STJ, súmula 217).[145] Ou seja: tratava-se de um recurso que somente poderia ser interposto pelo impetrante, nunca pela pessoa jurídica que requeresse a suspensão de segurança.

No entanto, tanto o STF quanto o STJ alteraram o entendimento a respeito desse tema, cancelando as mencionadas súmulas, por considerarem que a Lei 8.437/92, que trata das liminares concedidas contra o Poder Público, alterou também o regime da suspensão de segurança. A despeito de na Lei 8.437/92 não existir menção expressa ao mandado de segurança ou à suspensão de segurança e de a Medida Provisória 2.180-35 ter incluído o §2º ao artigo 4º da Lei 4.348/64 para mencionar, expressamente, que se aplicam à suspensão de segurança os §§5º a 8º do artigo 4º da Lei 8.437/92, passou-se a entender que seria aplicável à suspensão de segurança também o §3º do artigo 4º dessa lei, que

[145]- STF, súmula 506: "*O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26/6/1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a 'denega'*"; STJ, súmula 217: "*Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.*".

estabelece ser cabível agravo, no prazo de cinco dias, da decisão que defere ou indefere pedido de suspensão da execução da liminar concedida contra o Poder Público.

Mas essa alteração de posicionamento ocorreu no STF em sessão realizada no dia 19 de dezembro de 2002[146] e no STJ em sessão realizada em 23 de outubro de 2003[147] – depois, portanto, da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas.

O fato é que, por não terem sido positivadas as súmulas a respeito do tema e por terem sido incorporados à LMS os artigos criados pela Medida Provisória 2.180-35, esse entendimento muito provavelmente será mantido.

Muitas das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST também poderiam ter sido positivas. E, nesse caso, o legislador teria solucionado parte de um grande problema: as interpretações divergentes do STJ e do TST a respeito de normas que regulamentam o mandado de segurança.

Reitere-se que nesta análise estão sendo consideradas apenas as súmulas que existiam em abril de 2001, quando a comissão de juristas apresentou o projeto de lei. Se forem consideradas as súmulas publicadas durante a tramitação do projeto de lei o número de súmulas que poderiam ter sido positivadas aumenta consideravelmente. Mas se o Congresso Nacional não levou em consideração nem mesmo a lei que entrou em vigor depois da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas (a Lei 10.910/04, já mencionada) é bastante evidente que não consideraria as súmulas a respeito do tema editadas durante a tramitação do projeto de lei.

Como se não bastasse, depois da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas surgiu a possibilidade de o STF editar súmulas vinculantes (embora ainda não tenha editado alguma sobre mandado de segurança) e de tanto o STF quanto o STJ efetuarem julgamentos de recursos representativos da controvérsia (CPC, arts. 543-B e 543-C). Esses julgamentos acabam por ter força semelhante à das súmulas, também servindo como orientação a respeito da jurisprudência do tribunal.

O Supremo Tribunal Federal julgou dois recursos extraordinários que tiveram repercussão geral reconhecida e que tratavam de mandado de segurança. Um desses

---

[146]- STF, Tribunal Pleno, AgRg no AgRg no AgRg na SS 1.945-7 – AL, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 19.12.2002.

[147]- STJ, Corte Especial, QO no AgRg na SS 1.204-AM, rel. Min. Nilson Naves, j. 23.10.2003.

julgamentos ocorreu em 20 de maio de 2009, antes da entrada em vigor da Lei 12.016/09. Decidiu-se que "*Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9.099/95*" em razão da celeridade desse rito e da baixa complexidade das causas que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis.[148]

Já em 2011 o STF, também em julgamento do mérito de recurso extraordinário que teve repercussão geral reconhecida, decidiu que, nos processos em trâmite nos Juizados Especiais Federais, é das turmas recursais a competência para julgar "*o mandado de segurança substitutivo de recurso*", por ser dessas turmas a competência para o julgamento de todos os recursos interpostos contra decisões de primeiro grau dos JECs.[149] No julgamento foi mencionada a súmula 376 do STJ, que tem o mesmo teor.[150]

E em 2012 outros dois recursos extraordinários que tratam de mandado de segurança tiveram repercussão geral reconhecida: a imunidade tributária para livros eletrônicos (RG no RE 330.817-RJ) e a possibilidade de desistência da ação de mandado de segurança depois da prolação da sentença e sem a anuência do impetrado (RG no RE 669.367-RJ). No primeiro caso, em razão de a imunidade ter sido arguida por meio de mandado de segurança coletivo, existe a possibilidade de o STF definir se o mandado de segurança coletivo pode ser utilizado em questões tributárias e para a defesa de um número indeterminado de contribuintes.

O STJ realizou três julgamentos de recursos especiais representativos da controvérsia nos quais houve discussão sobre o mandado de segurança, decidindo que: (i) é possível a alegação de inconstitucionalidade de lei em processos de mandado de segurança, mas desde que como causa de pedir e não como pedido autônomo;[151] (ii) embora o mandado de segurança possa ser utilizado como meio de pedir a declaração do direito de pedir a compensação de tributos indevidamente pagos (STJ, súmula 213), o Judiciário não pode, em processo de mandado de segurança, convalidar a compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, por ser necessária dilação

---

[148]- STF, Tribunal Pleno, RG no RE 576.847-BA, rel. Min. Eros Grau, j. 20.05.2009. No mesmo julgamento e pela mesma razão se afastou a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em JECs, argumentando-se ainda que essas decisões podem ser atacadas por recurso inominado, não havendo violação à garantia constitucional da ampla defesa.

[149]- STF, Tribunal Pleno, RG no RE 586.789-PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011.

[150]- STJ, súmula 376: "*Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial*".

[151]- STJ, 1ª Seção, REsp. 1.119.872-RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 13.10.2010.

probatória;[152] e (iii) cabe agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança.[153] Entretanto, esses julgamentos foram posteriores à entrada em vigor da Lei 12.016/09.

A apresentação de todos esses entendimentos jurisprudenciais consolidados a respeito do mandado de segurança, seja por meio de súmulas, seja em julgamentos de recursos representativos da controvérsia, assim como da velocidade com que são consolidados novos entendimentos a respeito do tema tem o intuito de demonstrar a dificuldade de positivar toda a jurisprudência pacífica existente sobre mandado de segurança. No entanto, entendimentos mais antigos, pacificados há muito tempo, deveriam ter sido considerados pelo legislador.

Portanto, considerando-se os artigos "novos" anteriormente mencionados e a jurisprudência consolidada em súmulas dos tribunais superiores que foi positivada, tem-se que são normas novas: o §2º do artigo 1º; o parágrafo único do artigo 3º; os §§3º e 5º do artigo 6º; o inciso II e os §§1º, 4º e 5º do artigo 7º; o §2º do artigo 10; o §2º do artigo 14; o parágrafo único do artigo 16; os artigos 17 e 22, §1º; e os artigos 26 e 27.

De acordo com o que consta da exposição de motivos do projeto de lei, a criação de diversas dessas normas teve por intuito positivar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pacíficos mas não sumulados.

É o caso do §2º ao artigo 1º da LMS, que estabelece não ser possível impugnar atos de gestão comercial por meio de mandado de segurança. De acordo com o que consta da exposição de motivos, essa norma consiste em positivação a jurisprudência sobre os atos que podem ser atacados por mandado de segurança. Não se trata, portanto, de norma realmente nova.

A inclusão do §3º no artigo 6º igualmente teve o objetivo de positivar a orientação doutrinária e jurisprudencial – nesse caso, a respeito de quem é a autoridade (v. *infra*, item 3.3). E o §5º efetivamente consolidou o entendimento a respeito do tema (*infra*, item 3.1).

---

[152]- STJ, 1ª Seção, REsp. 1.124.537-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2009.
[153]- STJ, Corte Especial, REsp. 1.101.740-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.11.2009.

Em outros pontos a consolidação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já existentes foi realizada apenas alteração da redação de artigos que constavam da lei anterior. É o que ocorreu com o artigo 19 da LMS (correspondente ao artigo 15 da Lei 1.533/51). Acrescentou-se a frase "*sem decidir o mérito*", para não restar dúvida que a sentença que julga o mérito de mandados de segurança forma coisa julgada material (v. *supra*, item 2.1).

Somente em dois pontos o legislador resolveu divergências doutrinárias e jurisprudenciais que existiam quando da apresentação do projeto de lei: o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar em processo de mandado de segurança (LMS, art. 7º, §1º) e a extensão à autoridade do direito de recorrer (LMS, art. 14, §2º). Curiosamente, durante a tramitação do projeto de lei o STJ pacificou o entendimento a respeito dos dois temas. No primeiro caso, adotou o mesmo entendimento que o legislador, considerando cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar. Mas no segundo o entendimento foi contrário ao do legislador, sendo pacificado o entendimento de que a autoridade não poderia recorrer. Mas, evidentemente, com o advento da Lei 12.016/09 tornou-se inequívoco que a autoridade também pode interpor recursos.

Por fim, pouquíssimas normas que regulamentavam o mandado de segurança deixaram de ser incorporadas pela Lei 12.016/09.

Constava da Lei 1.533/51 e não consta da Lei 12.016/09 a exclusão do cabimento de mandado de segurança contra ato disciplinar, "*salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial*" (Lei 1.533/51, art. 5º, inc. III). Havia entendimento doutrinário majoritário no sentido de se tratar de norma inconstitucional e, em diversas oportunidades, os tribunais pátrios haviam afastado sua aplicação.[154] Portanto, e de acordo com o que consta da exposição de motivos do projeto de lei, por meio da exclusão dessa norma houve consolidação da jurisprudência sobre o tema.

Também não foi incorporada a alínea "b" do artigo 1º da Lei 4.348/64, que limitava a eficácia da medida liminar a 90 dias, contados da data da concessão, prorrogáveis por mais 30 dias. Tratava-se de uma das formas de "caducidade" da medida

[154]- Sobre as manifestações doutrinárias a respeito da inconstitucionalidade dessa norma e a respeito dos julgados que afastaram sua aplicação, v. Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 162-166.

liminar. Ao não incorporar essa norma ao texto da nova lei, o legislador acolheu as críticas feitas por vários dos juristas que a analisaram, sendo frequente a afirmação de que se trataria de norma inconstitucional. Assim se manifestaram Arruda Alvim[155] e Cassio Scarpinella Bueno.[156]

A parte final do artigo 2º da Lei 4.348/64 também não consta da lei atual, tendo sido suprimida a possibilidade de "caducidade" da medida liminar se o impetrante abandonar a causa por mais de vinte dias.

Em relação às matérias tratadas na Lei 12.016/09 e à forma de tratamento utilizada pelo legislador, a análise das "novas" normas (*rectius*: as normas que não consistem apenas em reproduções ou alterações de normas de outras leis) permite extrair algumas conclusões sobre a técnica legislativa.

Claramente decidiu-se por não positivar o entendimento sobre as hipóteses de competência originária para julgamento de mandados de segurança, a despeito de ser essa a matéria que mais gerou súmulas dos tribunais superiores. Das dez súmulas do extinto Tribunal Federal de Recursos sobre mandado de segurança, seis versavam sobre competência. No Superior Tribunal de Justiça, três das nove súmulas tratam de competência. E no STF são cinco das trinta e cinco súmulas a respeito de mandado de segurança. Talvez tenha havido receio de, por se tratar da interpretação de normas constitucionais, as normas que positivassem esses entendimentos serem consideradas inconstitucionais. Mas adotar esse posicionamento seria o mesmo que defender ser impossível delimitar o exercício de qualquer direito previsto na Constituição Federal.

---

[155]- Arruda Alvim considerou inconstitucional essa norma, por imputar ao impetrante as consequências de acúmulo de trabalho por parte do magistrado responsável pelo processo, por se tratar de uma restrição, feita por lei ordinária, a um remédio constitucional, e por reduzir a liminar em mandado de segurança a uma situação inferior à das medidas cautelares genéricas previstas no Código de Processo Civil, afirmando que o mandado de segurança, por ser um remédio com procedimento especial, destinado à proteção contra atos da Administração, deve ter eficácia superior à dos demais processos. Por fim, argumentou que seria aplicável o artigo 187 do CPC, que permite ao juiz exceder os prazos previstos nesse diploma (Arruda Alvim, *Revogação da Medida Liminar em Mandado de Segurança*, pp. 370-372).

[156]- "*O dispositivo é inconstitucional. Enquanto houver situação de ameaça, de lesão ou, até mesmo, de 'justo receio' (Lei 1.533/51, art. 1º*, caput*), situações estas analisadas do prisma do 'fundamento relevante' e da 'ineficácia da medida' do inciso II do art. 7º do mesmo diploma legal, a liminar tem eficácia, tem de poder produzir os seus regulares efeitos, protegendo, tutelando do direito do impetrante*". A inconstitucionalidade decorreria de violação ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. (Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 226-227).

Já em relação aos recursos cabíveis adotou-se a postura oposta: optou-se por tentar determinar, expressamente, todos os recursos cabíveis e não cabíveis. Assim é que em todas as leis que anteriormente tratavam do mandado de segurança existia menção somente ao cabimento de apelação (Lei 1.533/51, arts. 8º, par. ún., e 12) e de agravos em pedidos de suspensão de segurança (Lei 4.348/64, art. 4º, *caput* e §1º), mas que na Lei 12.016/09 existe também menção ao agravo de instrumento (art. 7º, §1º), ao cabimento de agravo contra a decisão do relator que indeferir a inicial (art. 10, §1º), à legitimidade da autoridade para recorrer (art. 14, §2º), ao não cabimento de embargos infringentes (art. 25) e ao cabimento de recursos ordinário, especial e extraordinário (art. 18), que anteriormente estava apenas no Código de Processo Civil.

Mas mesmo em relação a esse intuito houve falha: não há menção aos embargos de declaração, que, apesar de não serem considerados um recurso por alguns juristas, podem ser opostos a todas as decisões proferidas em processos de mandado de segurança. Também não existe menção à possibilidade de interposição de agravo retido. E não houve menção aos prazos recursais, o que gera grandes consequências práticas (v. *infra*, item 3.6).

Igualmente a respeito das matérias tratadas na LMS, o legislador optou por não apenas manter, mas sim aumentar a quantidade de prazos impróprios existentes nas leis anteriores. E fez uso de palavras para tentar tornar impositiva sua observância, mesmo sendo claro que, por sua natureza, não haverá preclusão em caso de descumprimento.

Assim é que foi mantido o prazo de 48 horas para que, havendo deferimento da medida liminar, as autoridades enviem cópia do mandado de intimação à pessoa jurídica interessada (art. 9º); aumentou-se o prazo para manifestação do Ministério Público de cinco para dez dias, mas se acrescentou a menção ao fato de esse prazo ser "*improrrogável*" (art. 12) e que em não sendo apresentado o parecer os autos devem ser remetidos à conclusão; e acrescentou-se o dever de o juiz proferir a "*necessariamente*" em trinta dias (art. 12, par. ún.). Com base nessas normas, constou da exposição de motivos do projeto de lei que "*em tese, o julgamento em primeiro grau de jurisdição deverá ocorrer em dois meses a partir do ingresso do impetrante em juízo*". Essa opinião é acolhida por

Arnoldo Wald, que também afirma que as apelações em mandado de segurança serão julgadas em no máximo seis meses.[157]

Foi mantida norma semelhante para os tribunais, pois consta que na "*instância superior*" – sem se especificar se essa norma se aplica apenas aos tribunais superiores ou a todos os tribunais – os mandados de segurança e seus recursos deverão ser levados a julgamento na sessão seguinte à data de conclusão dos autos ao relator e que o prazo para a conclusão dos autos não poderá ser superior a cinco dias (LMS, art. 20, §§1º e 2º). A única diferença em relação à Lei 1.533/51 é que anteriormente o prazo para a conclusão era de vinte e quatro horas. E foi criada norma idêntica para o pedido de suspensão de segurança (LMS, art. 15, *caput*).

Também foi mantida a prioridade de tramitação nos tribunais (LMS art. 20) e foi criada uma norma que estabelece que se deferida a medida liminar o processo terá prioridade para julgamento (LMS, art. 7º, §4º). Na realidade, mesmo em primeira instância os processos de mandado de segurança devem ter prioridade na tramitação em relação a todos os outros processos, com exceção do *habeas corpus*, interpretando-se extensivamente o artigo 20 da LMS. O §4º do artigo 7º da Lei 12.016/09 deve ser interpretado como sendo uma regra de prioridade de tramitação dentre os processos de mandado de segurança: os em que for deferida liminar têm prioridade de tramitação frente aos em que nenhuma liminar foi pedida ou deferida.

Foi ainda criada uma nova norma contendo prazo impróprio: o artigo 17 da LMS estabelece que o acórdão que julgar mandado de segurança ou um de seus recursos deve ser publicado no prazo de trinta dias, sob pena de ser substituído pelas notas taquigráficas, independentemente de revisão. Arnoldo Wald considera que essa alteração é condizente com o princípio da economia e da celeridade processuais, a tal ponto que poderia ter sido estendida a todos os julgamentos de tribunais.[158]

Essas normas são uma tentativa de imprimir, na prática, maior celeridade à tramitação do mandado de segurança. E, por mais louvável que seja a intenção da comissão de juristas, é bastante claro que esses prazos não são respeitados na prática e que, ao menos em um futuro próximo, continuarão a não sê-lo. Mallet, ao criticar a presenças desses prazos impróprios na Lei 12.016/09, afirma que se os prazos impróprios previstos no CPC

[157]- Arnoldo Wald, *A Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009)*, p. 27.
[158]- Arnoldo Wald, *A Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 07.08.2009)*, p. 23.

fossem respeitados as sentenças em processos que tramitam sob o extinto rito sumaríssimo deveriam ser proferidas noventa dias depois da distribuição da ação (CPC, art. 281, com a redação anterior à Lei 9.245/95), o que não ocorreu na prática, especialmente nas comarcas maiores, nas quais tramita grande quantidade de processos.[159]

O último ponto a ser ressaltado nesta visão geral da Lei 12.016/09 é que, em razão do grande tempo que se passou entre a apresentação do projeto de lei e sua aprovação, continuou a haver menção à execução provisória (LMS, art. 14, §3º), que existia quando da entrega do projeto de lei pela comissão de juristas e que, com a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, foi substituída pelo cumprimento provisório de sentença. Mas como consta a expressão "execução provisória da sentença" no artigo 475-O do CPC não é possível afirmar que, a esse respeito, a terminologia adotada pela Lei 12.016/09 esteja incoerente com o CPC. O grande problema é, na realidade, que não há e nunca houve processo de execução em processos de mandado de segurança (v. *infra*, item 3.5).

Nos dois próximos capítulos serão analisadas as mudanças mais relevantes trazidas pela Lei 12.016/09.

[159]- Sobre os prazos impróprios, afirma que "*previsões do gênero existiam e existem em profusão, em várias normas legais. Nunca surtiram efeito. O procedimento sumaríssimo do CPC deveria concluir-se em 90 dias, com prolação de sentença 5 dias após concluída a instrução. De tanto serem descumpridas as exigências, preferiu o legislador deixá-las de lado. (...) Nas localidades com movimento judiciário elevado, a regra não passa de letra morta. É – e tem de ser – diariamente desconsiderada, por falta de condições materiais para a mais rápida conclusão dos processos. Como se não bastasse, alguns dos prazos, fixados com excessiva brevidade, tornam-se completamente inexequíveis. É inimaginável que tenham as autoridades administrativas condições de sempre fornecer, em apenas 48 horas, os elementos necessários à defesa do ato impugnado no mandado, como quer o art. 9º da Lei nº 12.106.*" (Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança:Avanço ou Retrocesso?*, p. 45).

3

AVANÇOS

3.1 Adaptações, correções e alterações positivas de redação – 3.2 Legitimação – 3.2.1 Melhora dos termos utilizados no artigo 1º - 3.2.2 Impetração de mandado de segurança por pessoa jurídica de direito público – 3.2.3 Legitimidade para a impetração de mandado de segurança: limitações – 3.2.4 Habilitação de herdeiros – 3.3 Inclusão de necessidade de dar-se ciência do feito à pessoa jurídica interessada – 3.3.1 As partes no mandado de segurança – 3.3.2 Consequências de equívocos na indicação da autoridade coatora ou da pessoa jurídica interessada: a "teoria da encampação" – 3.3.3 Assistência em mandado de segurança – 3.4 Competência – 3.4.1 Alterações de redação – 3.4.2 Autoridades consideradas federais: insuficiência do artigo 2º - 3.4.3 Incongruência com as demais normas que tratam das autoridades – 3.4.4 Manutenção do critério legal equivocado para a definição da autoridade como federal – 3.4.5 Divisões de competência dentro da Justiça Federal – 3.4.6 Impetração de mandão de segurança por entes da Administração pública federal – 3.4.7 Os critérios atuais para a definição da competência: uma releitura da teoria de Castro Nunes – 3.5 Cumprimento de decisões em processo de mandado de segurança – 3.5.1 Definição das consequências do descumprimento – 3.5.2 Ausência de menção expressa às sanções processuais civis – 3.6 Menção expressa à aplicabilidade de artigos existentes no CPC – 3.6.1 A aplicação subsidiária do CPC – 3.6.2 Mandado de segurança em matéria penal, eleitoral e trabalhista: legislação processual aplicável.

3.1 Adaptações, correções e alterações positivas de redação

Neste tópico são expostos os pontos em que houve melhora da redação da legislação que trata do mandado de segurança, ou seja, os em que a redação foi adaptada, considerando-se a evolução legislativa, os em que houve correção de termos jurídicos que anteriormente eram aplicados de forma equivocada e os em que a redação se tornou mais clara, sendo facilitada a compreensão do alcance das normas.

A comparação, como mencionado no primeiro item deste trabalho, é entre a Lei 12.016/09 e a legislação anterior, que compreende a Lei 1.533/51 e as demais leis que regulamentaram o mandado de segurança.

Como também já exposto, o fato de se considerar que houve melhora da redação não significa que o legislador de 2009 não poderia ter avançado mais. Em outras palavras: são analisados os pontos em que houve avanço, melhora da redação, mesmo que a nova redação não seja a mais adequada.

Outra ressalva é necessária. Neste tópico são analisados apenas os pontos em que houve melhora da redação das normas que tratam do mandado de segurança e que não são tratados de forma específica nos tópicos seguintes.

Posto isso, deve-se ressaltar que não são muitos os avanços no que toca à adaptação da lei do mandado de segurança à legislação posterior a 1951.

A primeira dessas adaptações foi a inclusão, no *caput* do artigo 1º da LMS, da menção ao descabimento de mandado de segurança para a defesa de direitos que sejam amparados por *habeas data*, criado pela Constituição Federal de 1988. Houve apenas adaptação dessa norma ao texto constitucional: consta do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê o mandado de segurança, que seu cabimento é determinado por exclusão, não podendo ser utilizado para a defesa de direitos amparados por *habeas corpus* ou por *habeas data*. Antes da entrada em vigor da CF 88 os direitos que hoje são defendidos por *habeas data* poderiam ser defendidos por mandado de segurança.

A segunda adaptação ocorreu no artigo 4º da LMS, passando a existir menção à possibilidade de impetração de mandado de segurança por fax, em consonância com o

previsto na Lei 9.800/99, e por outros meios eletrônicos "*de autenticidade comprovada*", havendo menção ao processo eletrônico, regulamentado pela Lei 11.419/06.

A terceira a última adaptação à legislação superveniente foi realizada no §5º do artigo 7º da LMS. Passou a constar expressamente que a vedação à concessão de liminares abrange as hipóteses de antecipação de tutela, adaptando-se a LMS às alterações feitas nos artigos 273 e 461 do CPC.

Em relação à redação dos artigos de lei em si, a quantidade de avanços foi maior.

No caput do artigo 5º da LMS houve adaptação da redação ao que consta do restante da Lei 12.016/09. O início do artigo 5º da Lei 1.533/51 tinha a seguinte redação: "*Não se dará mandado de segurança*". O verbo dar, no entanto, não constava em nenhum outro ponto da Lei 1.533/51. Sempre que se referiu ao julgamento de procedência da ação o legislador de 1951 optou por fazer uso do verbo conceder e não do verbo dar. Era questão de coerência que, então, tivesse sempre feito uso do verbo conceder. A Lei 12.016/09 corrigiu essa incoerência, constando do *caput* de seu artigo 5º que "*Não se concederá mandado de segurança*".

No §1º do artigo 6º da Lei 12.016/09, correspondente ao parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533/51, acrescentou-se menção à possibilidade de, na petição inicial do mandado de segurança, ser requisitada a exibição de documentos em poder de terceiros. Essa possibilidade estava implícita no parágrafo único do artigo 6º da lei anterior, pois constava que, nos casos em que a autoridade recusasse a exibição de documentos, a ordem de exibição constaria da notificação à autoridade para prestar informações. Implicitamente, portanto, admitia-se que fossem solicitados documentos em poder de terceiros, caso em que seria expedido um mandado específico. A Lei 12.016/09 tornou expressa essa possibilidade.

Houve também uma alteração no §6º do artigo 6º da LMS, correspondente ao artigo 16 da Lei 1.533/51, para tornar explícito que a impetração de um novo mandado de segurança, com objeto idêntico ao anterior, só possa ser feita dentro do prazo de 120 dias para a impetração.

No inciso I do artigo 7º passou a constar "*petição inicial*" ou invés de simplesmente "*petição*", como constava da lei anterior. E se suprimiu a expressão "*que*

achar necessárias", tornando esse inciso condizente com o artigo 9º da LMS, que estabelece ser dever da autoridade apresentar as informações necessárias à defesa, pela pessoa jurídica interessada, do ato impugnado pelo mandado de segurança.

Outra explicitação de entendimento foi feita no *caput* do artigo 10 da LMS (correspondente ao artigo 8º da Lei 1.533/51). Passou a constar expressamente que a petição inicial também será indeferida quando a ação for proposta depois de transcorrido o prazo de 120 dias para a impetração. Houve apenas explicitação dessa possibilidade, pois do artigo 8º da Lei 1.533/51 constava que a petição inicial seria indeferida quando "*faltar algum dos requisitos desta lei*" e a necessidade de impetração do mandado de segurança dentro do prazo de 120 dias estava prevista no artigo 18 dessa mesma lei. De qualquer modo, tornar explícita essa possibilidade ajuda a dirimir eventuais dúvidas que possam existir a esse respeito.

Na mesma norma foi feita outra correção: constava anteriormente que a petição inicial seria indeferida quando faltasse algum dos requisitos "*desta lei*", ou seja, da Lei 1.533/51. Entretanto, o indeferimento também ocorria (e ocorre) quando faltarem requisitos previstos na legislação aplicada de forma subsidiária ao processo. Tanto que no §5º do artigo 6º da LMS consta que a segurança será denegada nas hipóteses previstas no artigo 267 do CPC. Presentes essas hipóteses, constatadas pelo juiz quando do recebimento da petição inicial e não sendo (ou não sendo possível ser) sanado o vício, a inicial será indeferida.

Foram corrigidos um erro técnico e um erro gramatical que existiam no parágrafo único do artigo 8º da Lei 1.533/51. Constava a frase "*De despacho de indeferimento*" e não "do despacho". No §1º do artigo 10 da LMS, correspondente a essa norma, passou a constar "*do indeferimento da inicial*". O erro jurídico era a referência à sentença que indeferia a petição inicial como sendo um despacho. Consoante previsão legal expressa e entendimento doutrinário pacífico, a decisão que indefere a petição inicial é uma sentença. Despachos não têm conteúdo decisório (CPC, art. 162, §3º).

Foi feita uma pequena correção no *caput* do artigo 10 da Lei 1.533/51, no qual havia menção ao "*item*" I do artigo 7º, que juridicamente é um inciso. No artigo 12 da lei atual há referência ao "*inciso*" I do artigo 7º, tendo sido sanado o erro.

No artigo 13 da LMS, correspondente ao artigo 11 da Lei 1.533/51, foi realizada uma alteração que torna a lei mais coerente. No início do artigo 11 da lei anterior havia a frase "*Julgado procedente o pedido*". Não há qualquer erro técnico. Mas no restante da Lei 1.533/51 menciona-se concessão do mandado de segurança ou do mandado quando se faz referência ao julgamento de procedência da ação (arts. 1º, *caput*, 12, *caput* e par. ún., e 13, *caput*). Assim, fazia mais sentido que em todos os artigos fosse utilizada a mesma terminologia.

O mesmo ocorreu com o artigo 12 da Lei 1.533/51. Em seu *caput* constava a frase "*negando ou concedendo o mandado*". Mas no artigo 16 da mesma lei mencionava-se a "*decisão denegatória*". O legislador poderia ter optado por qualquer das duas formas para se referir ao julgamento de improcedência – negar ou denegar –, mas a utilização de ambas gera uma incoerência. E o legislador de 2009 optou pela segunda forma, havendo sempre menção à denegação de mandado de segurança (LMS, arts. 6º, §§5º e 6º, 14, *caput*, 18 e 19) e até mesmo à denegação de liminar (LMS, arts. 7º, §1º, e art. 16, par. ún.).

No artigo 15 da LMS, que trata da suspensão de segurança, foi efetuada outra correção de redação: foi substituída a expressão "despacho fundamentado", que constava do *caput* do artigo 4º da Lei 4.348/64 (e ainda consta do *caput* do artigo 4º da Lei 8.437/92), pela expressão "decisão fundamentada". A expressão anterior era juridicamente equivocada, já que o ato de um presidente de tribunal que determina a suspensão da execução de uma liminar ou de uma sentença é uma decisão, tendo conteúdo decisório.

Outra alteração que melhorou a redação da LMS foi a realizada no artigo 14 da Lei 1.533/51. Havia menção aos "*casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais*". Embora fosse evidente que essa norma era dirigida aos casos de competência originária dos tribunais, a ausência de menção expressa a esse respeito poderia levar a alguma confusão. A alteração realizada pela Lei 12.016/09 corrigiu esse problema, havendo atualmente menção aos "*casos de competência originária dos tribunais*" (LMS, art. 16).

A redação do artigo 15 da Lei 1.533/51 também foi melhorada. Constava apenas que "*a decisão do mandado de segurança*" não impediria que o impetrante reapresentasse o mesmo pleito pela via ordinária. A redação desse artigo gerou discussão sobre a possibilidade de formação de coisa julgada material na hipótese de julgamento de

improcedência da ação (v. *supra*, itens 1 e 4). A norma atual (o artigo 19 da LMS), além mencionar "*sentença ou acórdão*" ao invés de simplesmente "*decisão*", sendo mais precisa a esse respeito, também deixa claro que somente nos casos em que não houver decisão do mérito da causa é que será possível veicular a mesma pretensão novamente, pela via ordinária.

Também o artigo 20 da LMS tem redação melhor que a do artigo 17 da Lei 1.533/51, a que é correspondente. Na lei anterior constava que os processos de mandado de segurança teriam prioridade na tramitação em relação a todos os demais, com exceção do *habeas corpus*. Evidentemente essa prioridade também se aplicava aos recursos em mandados de segurança, que integram os processos de mandado de segurança. Mas a redação do artigo 20 da LMS acabou com qualquer possibilidade de dúvida a esse respeito, pois consta que os processos de mandados de segurança "*e os respectivos recursos*" têm prioridade na tramitação.

Em alguns pontos o legislador tornou a redação de normas anteriores mais claras ao desmembrar normas das leis revogadas. Assim é que o parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533/51 foi dividido, passando a ser os parágrafos 1º e 2º do artigo 6º da Lei 12.016/09. O *caput* do artigo 10 da Lei 1.533/51 tornou-se o *caput* e o parágrafo único no artigo 12 da LMS. O mesmo ocorreu com o artigo 16 da Lei 1.533/51, que teve o *caput* dividido, passando a ser o *caput* e o §1º do artigo 20 da LMS.

Como o legislador optou por voltar a incluir a necessidade de se dar "ciência do feito" à pessoa jurídica interessada na causa (LMS, art. 7º, inc. II) – na Lei 1.533/51 havia apenas menção à necessidade de notificação da autoridade para prestar informações – os artigos 11 e 13 da LMS (correspondentes aos artigos 9º e 11 da Lei 1.533/51) foram adaptados, sendo incluídas menções à notificação da pessoa jurídica interessada.

Por fim, houve melhora na forma de se fazer referência a artigos de outras leis que são aplicáveis aos processos de mandado de segurança.

Na Lei 1.533/51 havia, em sua redação original, menção expressa aos artigos 158 e 159 e 88 a 94 do "Código de Processo Civil" (arts. 6º e 19), ou seja, do CPC de 1939, que estava em vigor quando foi elaborada a Lei 1.533/51. Com o advento do CPC de 1973 foi necessário adaptar a Lei 1.533/51, mas houve apenas alteração do artigo 19, passando a existir referência aos "*artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio*".

Essa alteração foi realizada para tentar evitar que surgissem dúvidas a respeito de quais normas seriam aplicáveis aos processos de mandado de segurança, tendo em vista que os artigos do Código de Processo Civil de 1973 que tratam do litisconsórcio são os de números 46 a 49.

A forma utilizada na Lei 12.016/09, na maior parte dos casos, para se fazer referência a outras leis, evita que esse tipo de dúvida surja. O legislador fez menção expressa ao número da lei a que se faz referência e não apenas a seu nome. Nos artigos 6º, §5º, 7º, §§1º e 5º, e 24 foi feita referência a artigos da "*Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil*" e não simplesmente ao Código de Processo Civil. Desse modo, em havendo promulgação de um novo CPC (o que parece iminente) não haverá dúvidas a respeito dos artigos aos quais a LMS está fazendo referência. O mesmo ocorreu com o Código Penal, referido como sendo o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (LMS, art. 26).

3.2 Legitimação

3.2.1 Melhora dos termos utilizados no artigo 1º

Houve uma alteração nos termos utilizados no artigo 1º da LMS para definir quem tem legitimação para impetrar mandado de segurança. No *caput* do artigo 1º da Lei 1.533/51 constava que será concedido mandado de segurança sempre que "*alguém*" sofrer violação a direito ou ameaça de sofrê-la. Esse termo foi substituído por "*qualquer pessoa física ou jurídica*" no *caput* do artigo 1º da Lei 12.016/09.

Dentre os juristas que analisaram essa alteração existe consenso no sentido de que o legislador se omitiu a respeito dos entes despersonalizados, mas dotados de capacidade judiciária (como, por exemplo, a massa falida, o condomínio edilício, os espólios, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais). Há entendimentos doutrinário e jurisprudencial pacíficos no sentido de que esses entes também são legitimados para impetrar mandado de segurança.

Considerando-se os objetivos da elaboração de uma nova lei para o mandado de segurança, seria indispensável que esse entendimento tivesse sido positivado. Passaria a ser muito mais simples encontrar esse entendimento. Em razão da ausência de positivação continua a ser necessária a realização de uma interpretação extensiva do rol de legitimados.

Já em relação à alteração em si, as opiniões se dividem entre os que a consideram um avanço e os que a consideram um retrocesso.

Medina e Araújo afirmam que essa alteração consagrou a evolução da jurisprudência sobre o tema, ressalvando a ausência de menção aos entes despersonalizados.[160] Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, igualmente lembrando que o legislador poderia ter feito menção expressa aos entes despersonalizados, defende ser a alteração positiva, por ter sido eliminada qualquer dúvida que poderia existir a respeito da legitimação de pessoas jurídicas para impetrar mandado de segurança.[161]

Em sentido contrário é a posição de Cassio Scarpinella Bueno, para quem o termo "*alguém*" é mais amplo que "*qualquer pessoa física ou jurídica*".[162] Gregório Assagra de Almeida compartilha desse entendimento, afirmando que a palavra "alguém" "*é aberta e não possui conteúdo restritivo*", podendo ser interpretada como fazendo referência a pessoas físicas ou jurídicas e a entes despersonalizados.[163]

Na realidade, a palavra "alguém", em língua portuguesa, significa pessoa ou ser humano,[164] não sendo utilizada para se referir a pessoas jurídicas e muito menos a entes despersonalizados. Abrange, portanto, apenas as pessoas físicas. A expressão "qualquer pessoa física ou jurídica", que consta do artigo 1º da Lei 12.016/09, portanto, é mais abrangente que a palavra "alguém", existente no artigo 1º da Lei 1.533/51.

---

[160]- José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei 12.016/09*, p. 41.
[161]- Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, et. al.. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, pp. 39-40.
[162]- Cassio Scarpinella Bueno, *Propostas Para Uma Nova Lei Para o Mandado de Segurança*, p. 2.
[163]- Gregório Assagra de Almeida, *Mandado de Segurança: Introdução e Comentários à Lei 12.016, de 7-8-2009 (artigo por artigo) com Indicação do PLS n. 222/2010*, p. 73.
[164]- No Grande Dicionário da Língua Portuguesa constam como significados da palavra alguém "*1 uma pessoa ou alguma pessoa cuja identidade não é especificada ou definida (...) 2 pessoa importante, digna de consideração; pessoa de condição; (...) 3 ser humano, pessoa*" (Instituto Antonio Houaiss, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 155, verbete "alguém"). Também José Crella Júnior afirma que "*Em língua portuguesa, 'alguém', que se contrapõe a 'algo', aplica-se ao homem e à mulher, ao cidadão, à pessoa física*." (José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 4).

Houve avanço nesse sentido, mas não foram abrangidos todos os entes legitimados. Teria sido melhor se o legislador tivesse seguido o texto do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, no qual consta simplesmente que será concedido mandado de segurança "*para proteger direito líquido e certo*", sem qualquer menção a quem pode ter seus direitos protegidos por esse remédio. Seria mais simples interpretar que não há restrição aos entes despersonalizados.

Mas o real problema referente à legitimação para a impetração de mandado de segurança individual é referente às pessoas jurídicas de direito público. Essa questão não foi tratada pelo legislador, continuando a lei do mandado de segurança a ser omissa a esse respeito.

3.2.2 Impetração de mandado de segurança por pessoa jurídica de direito público

As omissões a respeito de quem pode impetrar mandado de segurança remontam à sua criação. Na Constituição Federal de 1934 mencionava-se apenas que o mandado de segurança seria concedido para a defesa de direito certo e incontestável, sem se mencionar quem tinha legitimidade para a impetração. O artigo 1º da Lei 191/36 é igualmente omisso a esse respeito, assim como o CPC de 1939 e a Constituição Federal de 1946.

Durante esse período havia duas grandes discussões a respeito da legitimação para impetrar mandados de segurança. Como dá conta Celso Agrícola Barbi, a despeito de durante a vigência do CPC de 1939 ser vedado à mulher casada propor qualquer demanda sem a autorização prévia do marido (CPC de 1939, artigo 82), discutia-se a aplicação dessa norma ao mandado de segurança. Os argumentos em favor da possibilidade de impetração sem prévia anuência se fundavam na tentativa de equiparar o mandado de segurança ao *habeas corpus*. O citado jurista, afirmando que a ligação entre o *habeas corpus* e o mandado de segurança é puramente histórica, nega a possibilidade de a mulher casada, naquela época, poder impetrar o *mandamus* sem autorização marital.[165] Somente com o CPC de 1973 é que essa regra deixou de valer. No Código de Processo Civil atual, é necessária a autorização do cônjuge – e não do marido, como ocorria no CPC anterior –

[165]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 133.

apenas para propor demandas que versem sobre direitos reais imobiliários (CPC, artigo 10).

A segunda discussão era a respeito da possibilidade de estrangeiro não residente no Brasil poder impetrar mandado de segurança. A controvérsia teve lugar, principalmente, logo depois da criação do mandado de segurança. Temia-se que, em caso de guerra, houvesse um "ataque judiciário" ao país por meio da impetração de um sem número de mandados de segurança, o que paralisaria o Judiciário.

O Tribunal Federal de Recursos, no início, não admitiu mandados de segurança impetrados por estrangeiros não residentes no Brasil. No entanto, o entendimento doutrinário dominante à época e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal eram em sentido contrário.[166] A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de o mandado de segurança não ser um privilégio dos cidadãos brasileiros ou dos residentes no país, podendo ser usados por todos. Para Celso Agrícola Barbi, em sendo aberta a via processual ordinária aos estrangeiros não haveria razão para impedir a utilização do mandado de segurança apenas por possuir este um rito especial.[167]

Somente na Lei 1.533/51 é que passou a haver alguma indicação expressa de quem poderia impetrar mandado de segurança. Constou do *caput* de seu artigo 1º que o mandado de segurança seria concedido a "*alguém*", palavra que, como demonstrado, significa "pessoa física". Ainda, o mandado de segurança foi incluído no capítulo II da Constituição Federal de 1946, que tinha o título "Dos Direitos e Garantias Individuais", o que reforçava a impressão de que se trataria de um remédio destinado apenas a indivíduos.

A situação não melhorou com a Constituição Federal de 1967. Passou a ser prevista a concessão de mandado de segurança para a proteção de "*direito individual líquido e certo*", também no rol de direitos e garantias individuais (CF 67, art. 150, §21). Novamente houve um problema linguístico: o direito individual foi considerado por alguns como o pertencente a um indivíduo.[168]

Nessa época já havia discussão a respeito da legitimação de pessoa jurídica de direito público para impetrar mandado de segurança. Othon Sidou defendeu que não

---

[166]- V., por todos, Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 67.
[167]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 134.
[168]- Cf. José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 4.

haveria essa possibilidade em razão de o mandado de segurança ser um remédio destinado à proteção dos indivíduos.[169] Manifestavam-se no mesmo sentido Castro Nunes e Celso Agrícola Barbi.[170] Era apresentado como argumento o fato de o mandado de segurança ser um remédio destinado a compensar a desigualdade de forças entre os particulares e o Estado, não havendo sentido em conceder-se a este a possibilidade de utilização desse remédio.

Atualmente não mais existe divergência a esse respeito. Admite-se pacificamente a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público impetrarem mandados de segurança. Para Cassio Scarpinella Bueno, a impetração por entes do Poder Público é possível porque, embora o mandado de segurança tenha sido criado para a defesa de particulares, as pessoas jurídicas de direito público também podem ter direitos violados por autoridades.[171] E, como afirma Eduardo Talamini, o fato de o STF ter editado súmula a respeito da competência para julgar mandados de segurança impetrados por autarquias federais contra autoridades públicas locais (a súmula 511,[172] aprovada em 1969) torna claro que a questão foi superada,[173] e há muito tempo.

Mas ainda há grande divergência a respeito de quais atos podem ser impugnados por meio de mandado de segurança impetrado por pessoa jurídica de direito público.

Sergio Ferraz considera que pessoas jurídicas de direito público não podem impetrar mandado de segurança contra ato judicial (haveria impossibilidade jurídica do pedido). Ainda, em sua opinião, pelo fato de o mandado de segurança ser um meio de defesa do cidadão contra o Estado, as pessoas jurídicas de direito público somente podem utilizá-lo "*para o fim de assegurar ou restaurar prerrogativas funcionais violadas por outro ente de direito público*", de forma que a decisão proferida no processo não viole os direitos individuais de quem quer que seja.[174]

---

[169]- J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, pp. 93-94.
[170]- V., por todos, Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 60-62.
[171]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 36-37.
[172]- STF, súmula 511: "*Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, §3º*".
[173]- Eduardo Talamini, *Partes e Terceiros no Mandado de Segurança Individual, à Luz de sua Nova Disciplina (Lei 12.016/09)*, p. 39.
[174]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 201-202.

Uma ressalva deve ser feita: ainda que se admita essa posição como correta, não haverá impossibilidade jurídica do pedido. Esta é apurada em abstrato. E no mandado de segurança contra ato judicial impetrado por pessoa jurídica de direito público, a princípio (considerando-se o que usualmente ocorre), será pedida a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem ou a reforma do ato judicial impugnado. Esses pedidos são, abstratamente considerados, juridicamente possíveis. Também não há que se falar em falta de interesse de agir por inadequação da via eleita, tendo em vista que, em hipóteses excepcionais, o mandado de segurança é o meio adequado para se pleitear a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem ou a reforma de ato judicial. Como a afirmação feita é a de que se trata de uma vedação que atinge somente as pessoas jurídicas de direito público (não se defende o descabimento em geral do mandado de segurança contra ato judicial), a hipótese é de ausência de legitimação, considerando-se, evidentemente, que estejam presentes as hipóteses que autorizam a impetração de mandado de segurança contra ato judicial.

Hugo de Brito Machado igualmente considera inadmissível a impetração de mandado de segurança por pessoa jurídica de direito público contra ato judicial, mas somente nos casos em que seu objetivo for o de fazer cessar efeitos de uma decisão judicial favorável a um particular. Também faz uso de um argumento histórico para a defesa dessa posição: o mandado de segurança foi criado para a defesa dos cidadãos, dos indivíduos, contra o Estado, de forma que a interpretação das normas que regulam o mandado de segurança deve ter por base essa premissa. Ainda, afirma ser inadmissível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial por pessoa jurídica de direito público contra ato de autoridade que a integra, pois admitir essa possibilidade seria conferir às pessoas jurídicas de direito público um meio judicial para questionar seus próprios atos. A impetração somente seria admissível contra outra pessoa. [175]

Eduardo Talamini não menciona expressamente a possibilidade de impetração contra ato judicial, mas defende que as pessoas jurídicas de direito público somente podem impetrar mandado de segurança contra ato de outro ente estatal, ao qual estejam

[175]- Hugo de Brito Machado, *Impetração de Mandado de Segurança Pelo Estado*, p. 19-25.

submetidas, pois nessa hipótese haveria desigualdade entre as partes, a justificar a utilização desse remédio legal.[176]

Por fim, Lúcia Valle Figueiredo defende especificamente a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial por parte de pessoas jurídicas de direito público, afirmando que "*o juiz é agente público de categoria diferente*" da pessoa jurídica impetrante.[177]

É interessante ressaltar que já em 1936 o Supremo Tribunal Federal julgou procedente um mandado de segurança impetrado pelo Estado de Minas Gerais e contra ato do Poder Judiciário,[178] estabelecendo, de uma só vez, precedente a respeito de quatro assuntos: possibilidade de pessoas jurídicas em geral fazerem uso do mandado de segurança; possibilidade de pessoas jurídicas de direito público impetrarem mandado de segurança; possibilidade de atos judiciais serem atacados pela via mandamental; e a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público utilizarem mandado de segurança para impugnar atos judiciais.

De toda sorte, em razão das divergências sobre a questão, o legislador deveria ter se posicionado sobre o tema. Infelizmente a omissão persistiu, de forma que continuam a existir dúvidas a esse respeito.

Entretanto, considerando-se que o mandado de segurança é uma garantia constitucional, suas normas devem ser interpretadas de forma que lhes seja conferida máxima efetividade (v. *supra*, item 2.1). Ainda, deve ser considerado que a norma constitucional (CF, art. 5º, inc. LXIX) não traz restrição alguma aos legitimados para impetrar mandado de segurança individual nem aos atos que podem ser atacados.

Tendo em vista que também pessoas jurídicas de direito público podem ter seus direitos violados por decisões judiciais e que o sistema processual pode não prever meios eficazes para impedir essas violações, não há como negar a possibilidade de – nesses casos excepcionais – pessoas jurídicas de direito público impetrarem mandados de segurança contra atos judiciais. Não pode haver vedação completa e abstrata à possibilidade de

---

[176]- Eduardo Talamini, *Partes e Terceiros no Mandado de Segurança Individual, à Luz de sua Nova Disciplina (Lei 12.016/09)*, p. 38.
[177]- Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de Segurança*, p. 202.
[178]- Cf. José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 5.

impetração de mandado de segurança contra ato judicial por parte de pessoa jurídica de direito público.

Contudo, as pessoas jurídicas de direito público têm uma limitação adicional para essa forma de utilização do mandado de segurança, que não existe para os demais legitimados. Como regra, havendo risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas em razão de uma decisão judicial, a pessoa jurídica de direito público deve fazer uso da suspensão de segurança (LMS, art. 15) ou da suspensão de liminares em geral prevista na Medida Provisória 2.180-35/2001. Somente se não estiverem presentes os pressupostos para a suspensão de segurança é que será admissível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. Em outras palavras, o Estado também pode ser vítima de decisões teratológicas e que causem lesão a direito sem causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, de forma que não seja cabível pedido de suspensão de segurança. Nesses casos será cabível mandado de segurança contra o ato judicial.

Mas é necessário ressaltar que essa limitação não está ligada à legitimação para a impetração e sim ao interesse de agir, na modalidade interesse-necessidade. Se for cabível a formulação de pedido de suspensão de segurança, a impetração de mandado de segurança contra o ato judicial não é necessária.

Por fim, o fato de a Administração pública poder revisar seus próprios atos (STF, súmulas 346 e 473) não torna descabida a impetração de mandados de segurança contra atos judiciais, tendo em vista que os atos judiciais não podem ser revisados do mesmo modo que os atos administrativos. É possível que a revisão de atos judiciais ocorra de ofício, mas apenas nos casos em que a decisão está necessariamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475; LMS, art. 14, §1º). Mas essa revisão necessária não abrange as decisões interlocutórias nem as sentenças proferidas em causas de menor valor e, além disso, é feita de forma lenta, podendo não ser suficiente para evitar a lesão a direito.

3.2.3 Legitimados para a impetração de mandado de segurança: limitações

Demonstrado que não existe limitação, em abstrato, em relação aos legitimados para a impetração de mandado de segurança, emerge como regra geral que pode impetrar mandado de segurança qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, e também entes que, embora não tenham personalidade jurídica, têm capacidade judiciária, como os órgãos públicos despersonalizados mas dotados de capacidade processual (como exemplos, as assembléias legislativas, os chefes do Poder Executivo, as superintendências e, de forma geral, qualquer órgão da Administração pública que tenha prerrogativas próprias a defender) e as universalidades reconhecidas por lei (a massa falida, o espólio e os condomínios de apartamentos).

Como mencionado, a expressão "*qualquer pessoa física ou jurídica*", constante do *caput* do artigo 1º da LMS, deve ser interpretada extensivamente, para abranger também os entes despersonalizados.

Mas o legislador poderia ter se valido de outra técnica legislativa, mais adequada para regulamentar o mandado de segurança em razão de se tratar de uma garantia constitucional. Poderia apresentar expressamente somente as limitações à legitimação para impetrar mandado de segurança e não tentar definir os legitimados para a impetração, ou seja, regulamentar a legitimação para impetrar mandado de segurança pelo aspecto negativo (pelas vedações) e não pelo positivo (pelas permissões). Não só o legislador não optou por essa técnica como também deixou de tratar de algumas dessas limitações.

Esse é, aliás, o entendimento corrente a respeito da interpretação das normas referentes ao mandado de segurança: limitações que não existirem expressamente não podem ser invocadas (v. *supra*, item 2.1). Assim é que, para definir o alcance do mandado de segurança, o intérprete deve buscar suas limitações e não as permissões para utilizá-lo.

O fato de não constar, do texto constitucional, qualquer restrição aos legitimados para a impetração do mandado de segurança individual (CF, art. 5º, inc. LXIX) faz com que as restrições a esse respeito tenham de ser mínimas. Entretanto, como já exposto, é possível que existam, não podendo prevalecer a opinião de que a inexistência de restrições expressas no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal torne impossível a colocação de qualquer restrição ou, mais propriamente, de delimitações para a modo pelo qual essa garantia constitucional será utilizada (v. *supra*, item 2.1).

Posto isso, deve-se ressaltar que, a despeito de tanto o mandado de segurança quanto o *habeas corpus* figurarem dentre as garantias constitucionais, as restrições à utilização daquele são maiores. Mas isso não as torna inconstitucionais. Trata-se de diferentes formas de se delimitar o exercício de uma garantia constitucional.

Especificamente em relação à legitimação, praticamente não existem restrições ao *habeas corpus*. A primeira diferença é que o *habeas corpus* pode ser utilizado, sempre, em defesa de direito alheio (CPP, art. 654), o que não ocorre com o mandado de segurança.

Como regra, o mandado de segurança somente pode ser utilizado para a defesa de direito próprio. As hipóteses de legitimação extraordinária são exceções e são trazidas pela própria Lei 12.016/09: o direito que pertencer a várias pessoas pode ser defendido por qualquer uma delas por meio de mandado de segurança (LMS, art. 1º, §3º); o titular de direito que seja decorrente do direito de outra pessoa poderá impetrar mandado de segurança em favor desta, desde que notifique a pessoa titular do direito originário e esta não impetre mandado de segurança no prazo de trinta dias (LMS, art. 3º); e é possível defender direito alheio por meio de mandado de segurança coletivo, sendo que essas hipóteses serão mencionadas em tópico específico (v. *infra*, item 4.4).

Mas a despeito de essa primeira restrição constar da LMS, outras duas limitações que existem para o mandado de segurança e não para o *habeas corpus* não são mencionadas na Lei 12.016/09.

A primeira é referente à capacidade civil. As pessoas incapazes podem impetrar mandado de segurança, mas desde que sejam assistidas por tutor ou curador. Aplica-se a regra geral prevista no artigo 8º do CPC. Já o *habeas corpus* pode ser impetrado por pessoas incapazes e sem que sejam assistidas.

Já a segunda restrição é a necessidade de o impetrante ser representado por advogado. O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa em nome próprio, sem a necessidade de representação por um advogado. O próprio impetrante, nesses casos, subscreve a petição. Aliás, admite-se até que pessoas analfabetas impetrem *habeas corpus*, bastando que alguém assine a petição inicial a seu rogo (CPP, art. 654, §1º, alínea “c”).

Uma das únicas limitações para a impetração de *habeas corpus* é a vedação à possibilidade de apresentação de petição anônima.[179]

Trata-se de técnica semelhante à usada nos Juizados Especiais, embora o fundamento seja diverso: nos Juizados as razões para se dispensar a representação por advogado são a baixa complexidade da causa e o baixo valor envolvido no processo.

No passado houve tentativa de transportar para o mandado de segurança a desnecessidade de representação do impetrante por advogado, mas essa possibilidade foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal e acabou por se tornar pacífico o entendimento de que a impetração de mandado de segurança somente é possível caso o impetrante seja representado por advogado.[180]

Atualmente, a possibilidade de dispensar a necessidade de representação por advogado é sempre controvertida, tendo em vista que o artigo 133 da Constituição Federal estabelece que o advogado é indispensável à administração da justiça. De qualquer sorte, a possibilidade de se dispensar essa representação em processos de mandado de segurança esbarra em questões práticas.

Devido ao fato de todos os direitos poderem ser defendidos por meio de mandado de segurança, com exceção dos amparados por *habeas corpus* e *habeas data*, a complexidade das discussões travadas em processos de mandado de segurança tende a ser muito maior, o que acaba por tornar indispensável a representação do impetrante por advogado. As duas questões mais complexas costumam ser a identificação da autoridade que figurará no pólo passivo e a necessidade de apresentar provas pré-constituídas de todos os fatos alegados na inicial e que sejam relevantes para o deslinde da controvérsia.

Preenchidas essas condições e recolhidas as custas processuais (a ação de mandado de segurança não é gratuita, ao contrário da de *habeas corpus* – CF, art. 5º, inc. LXXVII), é possível a impetração de mandado de segurança.

---

[179]- "*Qualquer pessoa do povo, independentemente de habilitação legal ou de representação por advogado, de capacidade política, civil ou processual, de idade, sexo, profissão, nacionalidade ou estado mental, pode fazer uso do remédio heróico, em benefício próprio ou alheio. Não há impedimento para que o faça o menor de idade, o insano mental e o analfabeto, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. Na última hipótese basta que alguém assine a petição a rogo do analfabeto. Não se admite, porém, o conhecimento de pedido em que não se pode identificar a pessoa do requerente, equivalendo, por isso, à solicitação anônima.*" (Julio Fabrini Mirabete, *Processo Penal*, p. 710)

[180]- Cf. Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 136.

Para as pessoas jurídicas, desde que em defesa de direitos próprios, não há limitações (as limitações referentes ao mandado de segurança coletivo serão tratadas em tópico próprio – v. *infra*, item 4.4), regra que também vale para as universalidades de direito. E para os entes públicos dotados apenas de capacidade judiciária, como as assembléias legislativas, o mandado de segurança apenas pode ser utilizado para a defesa de suas próprias prerrogativas, e não para a defesa da pessoa jurídica de direito público da qual fazem parte. Assim, é possível a impetração de mandado de segurança por parte de prefeito contra ato da Câmara de Vereadores, e vice-versa, a despeito de os dois órgãos pertencerem à mesma pessoa jurídica de direito público.

3.2.4 Habilitação de herdeiros

O último ponto a ser analisado no que toca à legitimação para a impetração e o referente à possibilidade de habilitação de herdeiros no caso de falecimento do impetrante e, consequentemente, de herdeiros terem legitimação para propor mandado de segurança em substituição ao sucedido, para pleitear direitos que originalmente pertenciam a este e que foram transmitidos pela via sucessória.

Sergio Ferraz, mesmo defendendo não ser possível impor restrições ao mandado de segurança que não as expressamente previstas no texto constitucional, considera impossível a habilitação de herdeiros no caso de falecimento do impetrante. Essa vedação decorreria do fato de os direitos defendidos serem personalíssimos.[181] Bedaque adota o mesmo entendimento.[182]

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça adotam pacificamente esse entendimento. Defendem exatamente que a ação de mandado de segurança que teria caráter personalíssimo, não sendo admissível a sucessão das partes.[183]

---

[181]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 63.
[182]- "*Inadmissível a sucessão, evidentemente, se o processo versar sobre direito intransmissível por disposição legal (art. 267, IX), ocorrendo o mesmo se personalíssimo o direito ou a obrigação (direito ao reconhecimento de paternidade, direito ao afastamento de lesão a direito líquido e certo pela via do mandado de segurança)*" (José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 114).
[183]- V., por todos, STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 14.732-SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 09.03.2006

Entretanto, considerar que os direitos defendidos por meio de mandado de segurança são, sempre, personalíssimos, é tentar definir o conteúdo do processo por sua forma. Na verdade, é possível que haja a proteção de direitos personalíssimos por meio de mandado de segurança, mas não necessariamente será esse seu conteúdo. É preciso que seja feita uma análise do caso concreto, não sendo possível estabelecer uma vedação absoluta, *a priori*, acerca da natureza dos direitos defendidos.

Alguns exemplos ajudam a elucidar a questão. Em um processo de mandado de segurança que tenha por objetivo anular ato de demissão de servidor público e, consequentemente, reintegrar o servidor em suas funções, não será possível a habilitação dos sucessores do impetrante em caso de falecimento deste, por se tratar de direito personalíssimo. Não é possível que um dos sucessores passe a pleitear para si o direito de assumir as funções que eram do sucedido. Mas, se no mesmo processo, for formulado pedido de condenação ao pagamento dos vencimentos que não foram recebidos pelo servidor em razão de seu desligamento e que deveriam ter-lhe sido pagos depois do ajuizamento da demanda (LMS, art. 14, §4º), poderá haver, em relação ao direito de receber esses valores, sucessão das partes no processo, com habilitação dos herdeiros. Estes perseguirão unicamente o direito patrimonial em discussão no processo.

Tanto é que, a despeito de se considerar que o direito à indenização por danos morais é personalíssimo, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que, falecendo o autor da demanda, é permitida a habilitação dos herdeiros, pois o direito ao recebimento da indenização se transmite aos herdeiros. Por idêntica razão, o STJ decidiu ser possível até mesmo que herdeiros impetrem mandado de segurança para pleitear direitos transmissíveis pelo *de cujus*.[184]

As regras para a sucessão de partes no processo de mandado de segurança são as mesmas que as de qualquer outro processo. O que importa é a possibilidade de transmissão – no caso, pela via sucessória – dos direitos defendidos. E a natureza destes somente pode ser verificada no caso concreto, pois não apenas direitos personalíssimos são defendidos por meio de mandado de segurança. E, assim, a habilitação de herdeiros no processo, em caso de falecimento do impetrante, somente não será possível se os direitos não forem transmissíveis aos herdeiros.

---

[184]- STJ, 1ª Turma, RMS 15.377-RN, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2003.

3.3 Inclusão da necessidade de dar-se ciência do feito à pessoa jurídica interessada

Outra alteração relevante realizada pela Lei 12.016/09 foi a inclusão, no inciso II do artigo 7º, da necessidade de se dar ciência do feito à pessoa jurídica interessada, por meio do envio de cópia da petição inicial, sem os documentos que a instruíram.

Apesar de se tratar de uma alteração que torna a disciplina desse tema muito semelhante à que existia quando estava em vigor a Lei 191/36, tratou-se de um avanço, tendo em vista que, mesmo durante a vigência da Lei 1.533/51, existia entendimento dominante de que a pessoa jurídica interessada na causa poderia intervir no feito e que seria a verdadeira ré na ação. A necessidade de notificação da pessoa jurídica interessada é condizente com esse entendimento.

Os problemas a respeito da pessoa jurídica interessada nos processos de mandado de segurança existiram desde sua criação.

A Constituição Federal de 1934, que criou o mandado de segurança, determinava que em processos de mandado de segurança fosse "*sempre ouvida*" a pessoa jurídica de direito público interessada (CF 1934, art. 113, n. 33), sem, no entanto, esclarecer se era necessária a sua citação para a apresentação de defesa. Botelho de Mesquita, ao interpretar essa norma, afirma que no regime instituído pela Constituição Federal de 1934 a pessoa jurídica de direito público seria um terceiro interessado em relação ao processo de mandado de segurança.[185]

O regime permaneceu o mesmo sob a Lei 191/36, pois esta previa em seu artigo 8º, §§1º e 2º, que a autoridade deveria ser citada – ou seja, tratava-se de réu, que tinha de apresentar defesa (Lei 191/36, artigo 8º, §3º) – e que a pessoa jurídica de direito público interessada na causa receberia cópia da petição inicial. Essa pessoa jurídica também receberia cópia da sentença (Lei 191/36, artigo 10, alínea "a") e dela podia recorrer, no prazo de cinco dias (Lei 191/36, artigo 11, §1º).

---

[185]- José Ignácio Botelho de Mesquita, *O mandado de segurança – contribuição para o seu estudo*, in Revista de Processo n. 66, p. 123.

Com o início da ditadura e a promulgação da Constituição Federal de 1937, o mandado de segurança foi excluído do texto constitucional. E o Código de Processo Civil de 1939 revogou a Lei 191/36, introduzindo modificações no regime do mandado de segurança.

No CPC de 39 previa-se que a autoridade seria notificada para prestar informações e que a pessoa jurídica de direito público interessada causa seria citada para contestar, no prazo de dez dias (CPC 1939, artigo 322). Essa alteração teve um propósito político claro: passando a ser citado e a ser efetivamente parte em todos os processos de mandado de segurança, o Estado passava a ter conhecimento de todas as investidas contra ele e a ter a possibilidade de controlar qualquer tentativa dos particulares de escapar de seus atos. A tentativa de controle total dos particulares coincidia com a mentalidade do governo de então.

À parte a conotação política da alteração, o fato é que a necessidade de citação do Estado resolveu o problema da extensão dos efeitos da sentença e da coisa julgada no mandado de segurança a ele. Sendo o Estado o legitimado para figurar no pólo passivo, e em defesa de direito próprio, como réu, sendo-lhe possibilitado defender-se e exercer plenamente o contraditório, é natural e adequado, às vistas da ciência jurídica, que sofra as consequências da sentença, se esta lhe for desfavorável. A pessoa jurídica que poderia sofrer os efeitos da sentença que julgasse o mandado de segurança passou a ser parte no processo de mandado de segurança.

Depois de restaurada a democracia no Brasil foi promulgada a Lei 1.533/51, que até 2009 passou a regular integralmente o mandado de segurança. Nessa lei desapareceu qualquer menção à pessoa jurídica interessada no julgamento da causa; determinava-se unicamente a notificação da autoridade coatora para prestar informações.

A inexistência de norma legal a determinar a citação ou a oitiva da pessoa jurídica interessada na causa e que poderia sofrer as consequências de uma sentença de concessão do mandado causou intensa discussão entre os juristas. Voltou à tona a questão de ser impossível, de acordo com a ciência processual clássica, impor a qualquer pessoa os resultados de um processo do qual não participou, de estender a terceiros os efeitos da coisa julgada.

Em 1964, com o retorno do país a um regime autoritário, houve novamente a inclusão da pessoa jurídica de direito público interessada como parte no processo de mandado de segurança. A Lei 4.348/64 estabeleceu que a autoridade coatora deveria remeter cópia do mandado de citação e as informações necessárias para a resposta ao órgão ao qual estivesse vinculada e ao representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada na causa (Lei 4.348/64, artigo 3º). Essa alteração também parece ter natureza política, de permitir maior controle dos processos de mandado de segurança pelo Estado. Demonstrando a natureza política dessas mudanças, Botelho de Mesquita traça um paralelo entre os regimes ditatoriais que existiram no Brasil e as alterações ocorridas nas leis que regeram o mandado de segurança, mencionando especialmente as alterações que levaram à inclusão da pessoa jurídica de direito público no pólo passivo do processo de mandado de segurança logo depois do início dos dois governos autoritários.[186]

Embora seja difícil não considerar que o retorno ao passado efetivamente ocorreu, porque os termos "citação" e "contestação", presentes no artigo 322 do CPC de 1939, foram apenas substituídos por "intimação" e "defesa" na Lei 4.348/64, muitos foram os juristas que se valeram da necessária precisão terminológica que norteia a ciência jurídica para defender que as pessoas jurídicas de direito público não tornaram a ser parte no processo, mas apenas terceiros interessados, com a possibilidade de intervenção.

Essa é a opinião de Botelho de Mesquita, que também defende que o mandado de segurança é e sempre foi um processo sem réu, a não ser durante a vigência da Lei 191/36, que determinava a citação da pessoa jurídica interessada para apresentar contestação.[187] Já Celso Agrícola Barbi atribui essa mudança apenas a um interesse em acelerar cada vez mais o procedimento do mandado de segurança.[188].

---

[186]- "*Extrai-se desse quadro* [de alterações legislativas] *que a tendência de inserir, no processo do mandado de segurança, a pessoa jurídica de direito público, acompanha a tendência de defini-lo como ação; e extrai-se também que esta última acompanha a tendência do País em direção a uma política autoritária que restrinja os direitos individuais, acabando por ceder quando se estabeleça ou restabeleça a tendência oposta, em direção ao reforço das liberdades fundamentais. O que aconteceu entre nós depois de março/64 confirma essa análise. (...) Vale dizer, bastaram dois meses do novo regime autoritário para que a pessoa jurídica de direito público interessada voltasse à Lei do Mandado de Segurança, com poderes processuais próprios de quem é parte no processo e a quem a autoridade coatora deve prestar informações (*verbis*: 'Indicações e outros elementos necessários') antes mesmo de prestá-las ao órgão do Poder Judiciário.*" (José Ignácio Botelho de Mesquita, *O mandado de segurança – contribuição para seu estudo*, p. 124).

[187]- *O mandado de segurança – contribuição para seu estudo*, p. 125.

[188] Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, pp. 175-176.

A supressão, no texto legal, da necessidade de citação da pessoa jurídica de direito público interessada na causa gerou grande divergência doutrinária, que não cessou com o advento da Lei 4.348/64.

Na Lei 191/36, apesar de não haver o termo “citação” – consta que a autoridade seria citada (art. 8º, §1º, alínea “a”), mas que a terceira via da petição inicial seria apenas encaminhada ao representante da pessoa jurídica interessada na causa (art. 8º, §1º, alínea “b”) – há menção à carta de citação e ao fato de ser necessário constar o prazo de dez dias para que fossem prestadas informações e apresentada defesa (art. 8º, §3º). Portanto, de forma indireta, verifica-se que a pessoa jurídica deveria ser citada para apresentar defesa, não havendo dúvidas de que era ré no processo de mandado de segurança.

Essas questões foram consideradas quando da elaboração da nova lei do mandado de segurança. Constou da exposição de motivos do projeto de lei que foi incluída a necessidade de envio de cópia da petição inicial à pessoa jurídica interessada para que lhe seja possível apresentar a defesa do ato impugnado, se quiser. Seu ingresso no feito é apenas facultativo.

Com o mesmo intuito foi prevista no artigo 14 a necessidade de a autoridade coatora enviar ao órgão a que está subordinada e à Advocacia-Geral da União o mandado notificatório da concessão de liminar, acompanhado das informações que serão prestadas em juízo.

É também interessante constatar que, na exposição de motivos, menciona-se pessoa jurídica de direito público interessada na causa, e não apenas “pessoa jurídica interessada”. Não é possível dizer, contudo, que se trata de uma menção proposital, para dar a entender que essa providência não seria necessária quando a pessoa jurídica interessada é de direito privado.

Pelo regime atual, portanto, a pessoa jurídica poderá ingressar no feito se quiser – assim como ocorria durante a vigência da Lei 1.533/51. Trata-se de uma faculdade. Se o fizer, poderá auxiliar a autoridade e defender a validade do ato impugnado; mas mesmo se optar por não fazê-lo suportará as consequências de um julgamento de procedência do mandado de segurança.

Portanto, e considerando-se o teor da Lei 4.348/64, a alteração realizada pela Lei 12.016/09 é apenas a respeito da necessidade de a pessoa jurídica interessada receber cópia da petição inicial, sem os documentos, também por ordem do juízo e não apenas por iniciativa da autoridade.

Não tendo havido alteração substancial a esse respeito, portanto, continuará a existir polêmica é sobre quem é réu nos processos de mandado de segurança.

3.3.1 As partes no mandado de segurança

Em direito processual, partes são os sujeitos interessados da relação jurídica processual. Todo aquele que está no processo ou foi chamado a participar dele, por meio de citação, é parte, ainda que, perante o direito material, não esteja legitimado a sê-lo. Ser parte no processo é diferente de ser parte legítima no processo. E, consequentemente, todos os que não figuram na relação jurídica processual, ainda que tenham legitimidade para tanto, são terceiros em relação àquele processo.

Em qualquer processo, definir quem são as partes e quem são terceiros tem importância fundamental, pois é essa definição que tornará possível estabelecer os limites da coisa julgada – que, como regra, não afeta terceiros (CPC, artigo 472). No mandado de segurança, contudo, a aplicação dessa regra esbarra em algumas questões.

Figura no pólo passivo somente a autoridade apontada, pelo impetrante, como responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder. Como exposto, a pessoa jurídica interessada na causa é apenas cientificada da existência do feito. Mas se julgado procedente o mandado de segurança quem sofrerá os efeitos da sentença será a pessoa jurídica à qual pertence a autoridade coatora, e não esta. Em outras palavras, o julgamento de procedência de um mandado de segurança leva à condenação de um ente estatal sem que este tenha participado do processo, sem que tenha se defendido e sem que tenha sido chamado a se defender. A uma primeira vista, a extensão dos efeitos da sentença e da coisa julgada ao Estado fere as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Há razões teóricas, práticas e históricas para que apenas a autoridade esteja no pólo passivo do mandado de segurança. Como somente podem ser impugnados atos de autoridades por meio do mandado de segurança, fica claro que o espírito da lei é proteger as pessoas contra atos do Estado ou, talvez mais corretamente, contra o abuso do poder estatal por parte das pessoas que são dele investidas. Não importa a pessoa que pratica o ato, mas sim o cargo que ela ocupa e se o ato foi praticado no exercício de suas atribuições, ou seja, em nome do Estado. O mandado de segurança é, por excelência, um meio de controle dos atos do Estado.

Partindo-se desse pressuposto, a consequência lógica é que não é a autoridade quem sofrerá os efeitos da coisa julgada material (caso a segurança seja concedida), apesar de ser esta quem figura no pólo passivo. A coisa julgada se forma contra o poder estatal, contra o órgão ao qual a autoridade coatora está vinculada e que é a expressão do Estado.

Em termos práticos, optou-se pela inclusão da autoridade no pólo passivo em razão da forma de cumprimento da decisão: tanto na Lei 191/36 quanto no CPC de 1939 previam-se consequências penais para o descumprimento da decisão que deferisse a liminar ou concedesse a segurança. A inclusão da autoridade no pólo passivo possibilitava uma maior efetividade da decisão.

Outro fator de ordem prática é que, teoricamente, a autoridade é quem tem as melhores condições de justificar a prática do ato impugnado, apontando os motivos que levaram à sua prática e defendendo sua legalidade. Caso coubesse ao Estado lugar no pólo passivo do mandado de segurança a defesa do ato atacado seria muito mais difícil e necessariamente seria necessário contatar a autoridade coatora para buscar informações sobre o ocorrido para que estas pudessem ser repassadas ao juiz encarregado de julgar o mandado de segurança.

Na parte dogmática, surgiram diversas correntes de pensamento acerca da participação da pessoa jurídica interessada no processo de mandado de segurança.

Temístocles Cavalcanti defende ser necessária a oitiva da pessoa jurídica, que em seu entender prestaria informações sob o aspecto jurídico, ficando a autoridade coatora encarregada de informar os fatos.[189] Essa posição, contudo, tem alguns problemas. Em razão do exíguo prazo para a prestação de informações, seria difícil que a autoridade

[189] Temístocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, p. 15.

coatora e o representante judicial da pessoa jurídica interessada unissem esforços para preparar a defesa. Afinal, somente com os fatos explicados pela autoridade coatora é que a pessoa jurídica teria condições de avaliar o ato impugnado pelo mandado de segurança e, se o caso, defender sua legalidade.

Pontes de Miranda entende que seria necessária a citação da pessoa jurídica, tendo em vista que o artigo 6º da Lei 1.533/51 faz menção aos artigos 158 e 159 do Código de Processo Civil de 1939 e que o citado artigo 158, em seu inciso VI, estabelece como requisito da petição inicial o pedido de citação do réu.[190] Contudo, o fato de existir uma referência aos artigos 158 e 159 do Código de Processo Civil de 1939 não significa que estes tenham de ser seguidos à risca na petição inicial do mandado de segurança. O exemplo mais claro é o de a exigência de indicação dos meios de prova com os quais se pretende demonstrar a verdade dos fatos (CPC de 1939, artigo 158, inciso V) é incabível no mandado de segurança, pois no procedimento deste não se admite a produção de provas, valendo apenas provas pré-constituídas. Ainda, a expressão "citação do réu" pode tranquilamente ser interpretada extensivamente, para que englobe a notificação da autoridade coatora.

Luís Eulálio de Bueno Vidigal também defende ser necessária a citação da pessoa jurídica interessada, arguindo que a autoridade seria substituta processual do Estado.[191] Antônio de Pádua Ribeiro defende que a autoridade coatora é substituta processual da pessoa jurídica interessada na causa e que, desse modo, é parte em sentido formal, enquanto a pessoa jurídica seria parte em sentido material.[192]

A mesma linha é seguida por Seabra Fagundes, com uma diferença: este afirma que a autoridade coatora seria representante da pessoa jurídica interessada,[193] posição seguida por Celso Agrícola Barbi.[194] No mesmo sentido se posiciona Arruda Alvim,[195] que afirma haver uma modalidade de representação, tendo em vista que a autoridade coatora responde pelo ato que praticou, mas o faz representando o Poder Público.

---

[190] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, vol. V, pp. 156-157.
[191] Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Mandado de Segurança*, pp. 102-103.
[192]- Antônio de Pádua Ribeiro, *Mandado de Segurança: Alguns Aspectos Atuais*, p. 154.
[193] Seabra Fagundes, *Do Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 338.
[194] Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, pp. 176-178.
[195]- Arruda Alvim, *Mandado de Segurança*, p. 352.

A posição assumida por Vidigal é criticada por Celso Agrícola Barbi. Este afirma que Vidigal apresenta argumentos contraditórios, tendo em vista que em sendo a autoridade coatora substituta processual da pessoa jurídica, a citação àquela teria efeitos sobre esta, não sendo necessária a citação de ambas.[196]

Alfredo Buzaid entende que o legislador percebeu, mais tarde, a omissão em prever a citação da pessoa jurídica de direito público interessada na causa, editando a Lei 4.348/64, a qual prevê, em seu artigo 3º, a necessidade de comunicação à pessoa jurídica interessada da existência do mandado de segurança, por parte da autoridade coatora. Para Buzaid, teria sido criada uma forma anômala de citação, não prevista no CPC – nesse caso, a citação da pessoa jurídica interessada seria realizada pela própria autoridade coatora.[197]

Partindo-se do pressuposto de a citação ser "*o ato mediante o qual se transmite ao demandado a ciência da propositura da demanda, tornando-o parte no processo*" [198], a opinião de Buzaid não pode ser considerada correta. Isso porque a pessoa jurídica de direito público que receberá a comunicação da autoridade coatora não é demandada, isto é, não é indicada na demanda como integrante do pólo passivo. Ainda, porque mesmo a comunicação feita pela autoridade coatora não tem o condão de tornar o ente público parte no processo de mandado de segurança. Isso ocorrerá somente se a pessoa jurídica efetivamente intervir no processo.

Para que a opinião de Buzaid pudesse ser considerada adequada seria necessário flexibilizar o conceito de citação, para que passasse a abarcar situações de mera comunicação da existência do processo.

Por se tratar de uma figura que, salvo melhor juízo, é única em nosso ordenamento jurídico, duas possibilidades se abrem: tentar enquadrá-la em alguma categoria já existente – no caso, alterando o conceito então em vigor – ou considerá-la uma figura autônoma. Considerando que se trata de citação, muitos problemas conceituais, já expostos, desaparecem: passa a haver citação da pessoa jurídica de direito público que sofrerá as consequências de uma eventual sentença de procedência do mandado de

---

[196]- Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, p. 176.
[197]- Em suas palavras, "*O que a lei impõe, neste preceito, é mais do que uma simples comunicação; é substancialmente a atribuição ao impetrado de exercer a função de oficial público, isto é, de servir de órgão de citação às entidades enumeradas no art. 3º. (...) A Lei n. 4.348/64 parece ter criado, no art. 3º, um equivalente processual da citação; pela própria autoridade coatora.*" (Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, vol. 1 – Do mandado de segurança individual, p. 168).
[198]- Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 506.

segurança, abrindo-lhe a possibilidade de apresentação de defesa, e consequentemente eliminando-se as possíveis violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa; deixa de existir uma extensão dos efeitos subjetivos da sentença e da coisa julgada; e passa efetivamente a haver pretensões contrapostas no processo, sendo o ente público réu, que age em defesa de direitos próprios. Em suma, o mandado de segurança se adéqua, na medida do possível, ao direito processual civil pátrio.

De todo modo, o próprio Alfredo Buzaid apresenta os problemas de se adotar a teoria que ele propõe. O primeiro é que essa "citação anômala" apenas é necessária na hipótese de uma medida liminar ser deferida no processo de mandado de segurança, de forma que nem sempre haveria a citação da pessoa jurídica de direito público interessada.[199] Os problemas já mencionados, portanto, somente seriam resolvidos na hipótese de deferimento de liminar, o que cientificamente é bastante difícil de justificar.

Mas o que deve ser notado é que, mesmo nessa linha argumentativa, para que desapareça o problema de extensão dos efeitos da sentença proferida no mandado de segurança ao Estado é preciso se considerar que a autoridade coatora o representa. É nesse ponto que o argumento pode ser criticado.

As críticas partem de José Ignácio Botelho de Mesquita. Ele afirma que a autoridade coatora não tem personalidade jurídica própria, distinta da personalidade da pessoa física que ocupa o cargo ou da pessoa jurídica à qual está vinculada; possui somente personalidade judiciária, ou seja, para ser parte em processo. E, em seu entender, a ausência de personalidade jurídica da autoridade coatora impede que se considere ser esta substituta processual da pessoa jurídica à qual está vinculada, tendo em vista que a substituição processual apenas é possível por quem tenha legitimidade *ad causam*[200]. Desse modo, seria apenas a autoridade coatora quem figura no pólo passivo do mandado de segurança, e não como substituta processual do Estado.

E, ainda, existe o problema do mandado de segurança impetrado contra ato judicial. Nesses casos, a autoridade coatora será o magistrado que proferiu a decisão. No entanto, em caso de concessão do mandado quem sofrerá as consequências da sentença

---

[199]- Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, vol. 1 – Do mandado de segurança individual, p. 168.

[200] Nas palavras de José Ignácio Botelho de Mesquita, "*A substituição processual é uma espécie de legitimação* ad causam *e não apenas* ad processum *(...); a legitimação* ad causam *só pode caber a quem tenha personalidade diante do direito e, como todos sabem, a autoridade coatora não tem personalidade jurídica.*" (*O Mandado de Segurança – Contribuição para seu Estudo*, p. 123).

será não o Estado, mas sim a parte contrária, que evidentemente não está representada pela autoridade coatora, o magistrado que proferiu a decisão.

Há, ainda, outras correntes de pensamento. Botelho de Mesquita defende que não existe réu no mandado de segurança. Trata-se de um dos argumentos por ele utilizados para justificar o entendimento de que o mandado de segurança não possui natureza jurídica de ação.

Já Ada Pellegrini Grinover defende que o réu na ação de mandado de segurança "*é o Estado*", apesar de afirmar que as informações prestadas pela autoridade coatora consistem em verdadeira contestação.[201]

Carlos Fonseca Monnerat e Marcos Neves Verissimo se filiam à corrente de que a autoridade apenas presenta a pessoa jurídica interessada, "*sem as características de réu*", sendo que o réu é apenas a "*pessoa jurídica de direito público*", tanto antes da Lei 12.016/09 quanto depois. Consideram ainda que a novidade trazida pela nova lei do mandado de segurança é a necessidade de intimação do representante judicial da pessoa jurídica interessada, sob pena de nulidade, "*em que pese esta necessidade já estar prevista em algumas Leis Orgânicas, como a LC 73/1993 que regulamenta a Advocacia-Geral da União*".[202]

A jurisprudência adotou a solução mais prática. Considerando que a autoridade pertence ao ente que será afetado pela sentença que for proferida no mandado de segurança, o STJ defende que não é necessária a inclusão, no pólo passivo do processo, do ente que sofrerá os efeitos da sentença, consignando expressamente que não existe litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e o ente ao qual ela pertence. Para corroborar sua posição considera que há substituição processual da pessoa jurídica pela autoridade coatora.[203]

---

[201]- Ada Pellegrini Grinover, *A Tutela Preventiva das Liberdades: "Habeas Corpus" e Mandado de Segurança*, p. 36.

[202]- Carlos Fonseca Monnerat e Marcos Neves Verissimo, *Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança - Lei 12.016/2009*, p. 222.

[203] Em acórdão de sua relatoria, afirmou o ministro Félix Fischer: "*No mandado de segurança, não há litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora, pois esta age como substituta processual daquela. Precedentes.*" (STJ, AgRg no Ag n. 582.947-BA, rel. Min. Félix Fischer). São dezenas de acórdãos do STJ no sentido de inexistir litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e o ente ao qual ela está vinculada, podendo ser citados, como exemplos, os proferidos nos julgamentos dos seguintes recursos: AgRg no REsp. 1.105.314-MS; REsp. 753.423-BA; AgRg no REsp. 939.149-MS; REsp. 818.486-PA; AgRg no EResp. 646.250-MA;

Mas o posicionamento do STJ é falho, não resolvendo os problemas. Ainda que se considere que há realmente a mencionada substituição processual (o que é discutível, tendo em vista a necessidade de norma legal expressa nesse sentido – CPC, artigo 6º), outras questões permanecem sem solução.

O problema persiste em relação ao artigo 4º da Lei 4.348/64. Essa norma prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público interessada requerer a suspensão da liminar ou da sentença proferida no mandado de segurança. Mas se a pessoa jurídica é substituída no processo pela autoridade coatora, como justificar a possibilidade de a pessoa jurídica recorrer em nome próprio? Haveria exclusão da autoridade coatora do pólo passivo sempre que a pessoa jurídica ingressasse no processo? Sob qual justificativa? No caso contrário, ambos – substituto e substituído– figurariam no pólo passivo? Sendo a resposta afirmativa, qual o sentido de existir a substituição processual?

A respeito dessa norma, Alfredo Buzaid levanta mais uma questão. Como não existe nenhuma norma legal que determine a intimação da pessoa jurídica dessas decisões, ela seria considerada um terceiro prejudicado?[204] Nessa hipótese, é impossível se arguir que existe substituição processual, pois o ente público não pode ser, ao mesmo tempo, parte e terceiro em relação ao processo.

E até recentemente havia mais um problema. A Lei 5.021/66 prevê que os efeitos da sentença proferida em processo de mandado de segurança podem atingir autarquias. Contudo, no artigo 3º da Lei 4.348/64, em sua redação original, constava que somente os representantes judiciais das pessoas jurídicas de direito público interno deveriam ser notificados, não havendo menção às entidades autárquicas. Dessa forma, todas as soluções apresentadas não poderiam ser usadas quando a autoridade coatora estivesse vinculada a uma autarquia, o que comprometeria sobremaneira a validade da solução (a não ser que se adotasse uma interpretação extensiva do dispositivo). Com o advento da Lei 10.910/2004 a redação do artigo 3º da Lei 4.348/64 foi alterada para incluir os representantes de autarquias e fundações, eliminando esse problema. A impressão é que o legislador, confrontado com os problemas existentes no mandado de segurança, aos poucos tenta eliminá-los.

REsp. 734.212-PE; AgRg no RMS 17.297-PI; AgRg no REsp. .648.291-PA; AgRg no Ag 489.957-PE; e AgRg no Ag 582.947-BA.

[204] Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, vol. 1 – Do mandado de segurança individual, p. 165-166.

Para considerar a posição adotada pela jurisprudência como tecnicamente correta, outro ponto polêmico acerca do mandado de segurança tem de ser abordado: a existência ou não de réu no mandado de segurança. Isso porque à autoridade coatora, que figura no pólo passivo do processo, não seria dirigido pedido algum. Parte-se portanto do conceito clássico de réu, que seria aquele contra quem se pede.

O argumento de não existir réu no mandado de segurança é o usado por Botelho de Mesquita para defender que o mandado de segurança não é um processo de jurisdição contenciosa e nem mesmo tem natureza jurisdicional[205].

Celso Agrícola Barbi considera existir réu no mandado de segurança, embora por outros motivos. Partindo do conceito de parte criado por Chiovenda, afirma que há réu no mandado de segurança somente pelo fato de toda demanda possuir autor e réu.[206]

Mas antes de se analisar essa questão outro ponto deve ser ressaltado. Essa consideração, de não ser dirigido pedido à autoridade coatora, vale apenas para os mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade, ou seja, para casos de ações comissivas. Na hipótese de omissão de autoridade, haverá sim pedido dirigido à autoridade coatora – o de que pratique o ato que, no entender do impetrante, tem o dever de praticar.

Essa colocação já diminui a força do argumento de inexistir réu no mandado de segurança. Sendo o *mandamus* uma figura única, no sentido de não existirem diferenças ontológicas entre o mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade e o impetrado contra a omissão de autoridade, é no mínimo estranho afirmar que o mandado de segurança é um processo que, às vezes, dependendo do caso, tem réu. Contudo, é fácil perceber, pelas opiniões já apresentadas, que soluções parciais para os problemas do mandado de segurança são comuns.

O advento da Lei 9.469/97 a questão poderia ganhar novos contornos e, na prática, finalmente ser resolvida. Essa lei prevê, em seu artigo 5º, parágrafo único, que as pessoas jurídicas de direito público que possam vir a sofrer consequências de uma decisão judicial – ainda que essas consequências sejam indiretas e meramente econômicas – podem intervir no processo que gerará a decisão. No mesmo dispositivo consta que, havendo intervenção, as pessoas jurídicas passarão a ser consideradas partes (no que está de acordo

---

[205]- José Ignácio Botelho de Mesquita, *O mandado de segurança – contribuição para seu estudo*, p. 125.
[206]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 132.

com a opinião traçada acima, de que qualquer tipo de intervenção torna o interveniente parte no processo). Portanto, a primeira impressão é que essa norma, embora não torne obrigatória a intervenção da pessoa jurídica de direito público interessada, permitiria a intervenção em todos os processos de mandado de segurança.

Todavia, o STJ, ao analisar a questão, decidiu que a mencionada norma não alcança o mandado de segurança, de forma que não é possível às pessoas jurídicas de direito público intervirem nesses processos. Assim, todos os problemas conceituais permaneceram.

A extensão dos efeitos da sentença proferida no mandado de segurança a quem não foi parte no processo, de acordo com Alfredo Buzaid seria "*aberrante dos princípios processuais*." [207].

A justificativa apresentada para essa opção do legislador é a de ser necessário agilizar o procedimento. É o entendimento de Celso Agrícola Barbi[208] e de Hely Lopes Meirelles[209]. Essa posição é fortemente criticada por Alfredo Buzaid, que entende ser inadmissível sacrificar a justiça em prol da celeridade processual[210]. Parece-me difícil discordar de sua posição.

A nova lei do mandado de segurança nada resolveu. Ao apenas reproduzir, em seu artigo 9º, o artigo 3º da Lei 4.348/64 (com sua redação anterior), manteve a disciplina relativa à pessoa jurídica interessada na causa. Continuamos a ter um processo no qual os princípios do direito processual, em especial os do contraditório e da ampla defesa, com suas ramificações, não se aplicam, ou ao menos não se aplicam de forma integral.

A aplicação das regras de litisconsórcio unitário resolve o problema teórico. Considerando, com base em Dinamarco, que há litisconsórcio unitário sempre uma decisão possa, em razão da natureza da relação jurídica em discussão, influenciar diretamente na

---

[207]- Em termos: "*Ousamos apenas supor que, quando o mandado de segurança produz consequências patrimoniais a que fica sujeita a entidade autárquica ou a Fazenda Pública, é aberrante dos princípios processuais que a estas não seja dada a oportunidade de aduzir as razões que têm contra o impetrante.*" (Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, vol. 1 – Do mandado de segurança individual, p. 170).

[208]- "*A omissão da lei quanto à citação separada à pessoa jurídica de direito público não deve ser entendida como erro, mas sim como vontade de simplificar o processo, a fim de torná-lo mais rápido.*" (Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, p. 176).

[209]- "*A dispensa da citação, conquanto constitua uma anomalia procedimental, encontra justificativa na necessidade de simplificação e celeridade do processo de mandado de segurança.*" (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, p. 64).

[210]- Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança*, vol. 1 – Do mandado de segurança individual, p. 170.

esfera jurídica de outra pessoa, sendo necessária uma decisão única para todas elas,[211] parece-me claro que no mandado de segurança haveria litisconsórcio unitário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica interessada. No mandado de segurança judicial, a unitariedade do litisconsórcio seria entre a parte que, no processo originário, é contrária ao impetrante, e o magistrado que proferiu a decisão.

Essa solução consiste em uma aplicação de normas referentes ao litisconsórcio existentes nos dois Códigos de Processo Civil (CPC de 1939, artigos 88 e 93; CPC de 1973, artigo 47). Levando em conta que as duas Leis de Mandado de Segurança prevêem a aplicação subsidiária das normas processuais relativas a litisconsórcio (Lei 1.533/51, artigo 19; Lei 12.016/2009, artigo 24), a posição, a meu ver, é tecnicamente correta.

As críticas que podem ser feitas são que esse entendimento é contrário à posição adotada pelo STJ e ao espírito da lei, que seria o de tornar o procedimento do mandado de segurança ainda mais rápido. Mas, como é sabido, a jurisprudência muitas vezes adota posições políticas e não técnicas (especialmente nos Tribunais superiores), o que me parece ser o caso. E a respeito da suposta celeridade a ser obtida com a ausência de citação da pessoa jurídica interessada, creio não existir melhor resposta que a de Alfredo Buzaid: não se pode sacrificar a justiça em prol da celeridade processual.

Por fim, deve-se ressaltar que são frequentes as críticas à determinação de ser a autoridade coatora a única a figurar no pólo passivo da demanda.

Mallet considera que o correto seria prever que a pessoa jurídica interessada na causa é que deveria figurar no pólo passivo. Como a autoridade coatora atua em nome da pessoa jurídica à qual está vinculada e não em nome próprio, seus atos vinculam a pessoa jurídica. Consequentemente, em havendo uma demanda judicial que questione um desses atos é necessário citar a pessoa jurídica e não a autoridade coatora.[212]

---

[211]- "*Quando todos os litisconsortes estão em defesa de uma só relação jurídica incindível, não é possível endereçar a cada um deles um julgamento de mérito diferente. (...) Precisamente porque a relação controvertida é incindível, seria inviável dar efetividade a dois preceitos assim contraditórios. Consequentemente, não podendo caminhar por caminhos opostos aqueles que devem necessariamente chegar a um destino comum, durante o processo esses litisconsortes são tratados de modo homogêneo. A homogeneidade no tratamento de todos é a essência do regime do litisconsórcio unitário. (...) Consequentemente, a sentença de mérito há de ser homogênea em relação a todos esses litisconsortes – e igualmente homogêneo o regime a que tal litisconsórcio se sujeita.*" (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, pp. 350-351).

[212]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, p. 42.

O que se pretende demonstrar é que todas as teorias a respeito de quem é o verdadeiro réu no processo de mandado de segurança têm problemas. E que a alteração realizada pela Lei 12.016/09, embora tenha sido na direção correta, não os resolveu completamente.

Por fim, passou a existir uma incongruência entre o artigo 6º, *caput*, e o inciso II do artigo 7º da LMS.

O *caput* do artigo 6º estabelece que a petição inicial deve ser apresentada em duas vias, "*com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda*". Essa segunda via, consoante o disposto no inciso I do artigo 7º da LMS, será enviada à autoridade coatora. Entretanto, o inciso II do artigo 7º determina que seja enviada ao representante judicial da pessoa jurídica interessada uma cópia da petição inicial sem os documentos. Não há, em qualquer ponto da lei, indicação a respeito de quem deve providenciar a extração dessa cópia.

Apesar da redação do *caput* do artigo 6º da LMS, o entendimento mais adequado ao procedimento do mandado de segurança é o de que cumpre ao impetrante instruir a petição inicial com uma terceira via da petição inicial, não havendo necessidade de instruí-la com os documentos que acompanham a primeira e a segunda vias. Esse entendimento é compatível com a necessidade de tramitação dos processos de mandado de segurança da forma mais célere possível.

No entanto, se for essa a interpretação, a ausência dessa terceira via tornará necessária a intimação do impetrante para que a traga aos autos.

3.3.2 Consequências de equívocos na indicação da autoridade: a "teoria da encampação"

O fato de a autoridade não ser a ré no processo de mandado de segurança leva a duas consequências relevantes. A primeira é que a indicação errônea da autoridade não leva à extinção do processo, a não ser que a alteração da autoridade, para que a correta passe a figurar no pólo passivo, leve à alteração da competência para o julgamento da causa. A segunda é que mesmo em havendo indicação errônea da autoridade é possível que

a autoridade que figura no pólo passivo passe a ser considerada legítima para tanto. É a chamada "teoria da encampação".

O Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento a respeito da "teoria da encampação". Assim, será considerada parte legítima a autoridade que, a despeito de originalmente não ser a legítima para figurar no pólo passivo, concomitantemente: (i) tenha posição hierárquica superior à da autoridade "correta"; (ii) não exista diferença de competência originária para o julgamento do mandado de segurança impetrado em face da autoridade "encampante" e da autoridade "encampada"; e (iii) a autoridade "encampante" se manifeste sobre o mérito do ato impugnado, demonstrando ter plenas condições de prestar informações a seu respeito.[213]

3.3.3 Assistência em mandado de segurança

Houve uma alteração importante trazida pela LMS e que pode levar a problemas de interpretação. No artigo 19 da Lei 1.533/51, em sua redação original, mencionava-se serem aplicáveis ao processo de mandado de segurança os artigos 88 a 94 do Código de Processo Civil de 1939. Trata-se dos artigos que regulamentavam a litisconsórcio em geral e do que disciplinava a assistência litisconsorcial (art. 93).[214]

Como já mencionado, depois do avento do CPC de 1973 a redação desse artigo foi alterada, para adaptá-la ao então novo Código. Passou a haver menção genérica acerca da aplicabilidade dos artigos que regulam o litisconsórcio. O problema é que no CPC de 1973 a assistência litisconsorcial passou a ser tratada de forma separada do litisconsórcio – este regulado pelos artigos 46 a 49 e aquela pelos artigos 50 a 55 do CPC – a despeito de se considerar que a assistência, mesmo a litisconsorcial, é modalidade de intervenção de terceiros e não de litisconsórcio.[215]

Não há, portanto, referência expressa à possibilidade de assistência em processos de mandado de segurança. Mas isso não faz com que, necessariamente, não possa haver

---

[213]- V., por todos, STJ, 1ª Turma, REsp. 818.473-MT, rel. Min. Luiz Fux, j,. 14.12.2010.

[214]- CPC de 1939, art. 93: "*Art. 93. Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte.*".

[215]- V., por todos, Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 160.

assistência em processos de mandado de segurança. Analisar essa possibilidade significa analisar a compatibilidade da assistência com o procedimento do mandado de segurança, como mencionado anteriormente.

A questão é que o procedimento da assistência é totalmente incompatível com o espírito da lei, com as funções e finalidades do mandado de segurança, bem como com o procedimento previsto na Lei 12.016/09.

Vale dizer, feito um pedido de intervenção no processo como assistente – seja simples, seja litisconsorcial – o juiz terá, em razão da necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa, de abrir prazo para que as partes no processo se manifestem sobre esse pedido. E, havendo discordância de qualquer das partes acerca do pedido de assistência, será necessária a suspensão do processo e a instauração de incidente, em apenso, no qual é possível a produção de provas (CPC, art. 51). Aplicando-se os artigos 50 a 55 do CPC de 1973, a resolução do incidente poderá demorar mais tempo que o julgamento do próprio mandado de segurança.

Considerando-se aplicáveis as normas previstas no CPC, pura e simplesmente, ou seja, sem que seja realizado qualquer filtro quando transportadas para o processo de mandado de segurança, claramente é impossível a admissão da assistência em processos de mandado de segurança.

Há ainda outro problema: o assistente, em tese, poderá apresentar documentos quando de sua intervenção, seja para justificar a existência de interesse jurídico na causa, a possibilitar a assistência, seja para auxiliar a parte assistida. E, em o fazendo, é indispensável que seja oportunizada às partes a produção de contraprovas. O procedimento do mandado de segurança será completamente alterado, havendo perda de suas principais características: a celeridade e a impossibilidade de dilação probatória.

A situação é pior quando o assistente é do impetrante e a assistência ocorre depois da apresentação das informações e da contestação pela pessoa jurídica interessada mas antes da sentença (ou do acórdão, nos casos de competência originária dos tribunais).

Diante da lacuna da Lei 12.016/09 a esse respeito, creio ser possível que a assistência em si seja admitida em processos de mandado de segurança, mas que o procedimento previsto nos artigos 50 a 55 do CPC seja vedado.

Assim é que a assistência é admissível, mas não a qualquer momento. Se formulada depois de esgotadas as possibilidades de manifestação das partes o pedido deve ser indeferido. Caso seja formulada em momento processual apropriado, não deverá ser instaurado incidente processual, mesmo em caso de discordância das partes a respeito do pedido de intervenção. E ainda: para que não exista entrave ao procedimento do mandado de segurança, o pedido de assistência será decidido juntamente com o próprio mandado de segurança, sem o proferimento de decisão interlocutória.

3.4 Competência

3.4.1 Alterações de redação

Houve duas alterações de redação no artigo 2º da Lei 1.533/51 em relação ao artigo 2º da Lei 12.016/09. A primeira é pontual: passou a constar o termo "União", com maiúscula, em substituição a "união federal". A segunda foi a substituição de "entidades autárquicas federais" por "entidade por ela controlada", ou seja, entidade controlada pela União.

Em relação ao emprego de letra maiúscula para designar a União, o legislador apenas corrigiu um erro existente na Lei 1.533/51, na qual União foi grafada com letra minúscula. União, quando designa a pessoa jurídica de direito público interno formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (CF, art. 1º), deve ser grafada com a letra inicial maiúscula, por designar um alto conceito político e do nome de uma pessoa jurídica de direito público interno.[216] Aliás, União, assim como Estado, Município e Distrito Federal, é grafada em maiúscula no Código Civil de 1916 (artigo 14, inciso I, além de diversos outros dispositivos), considerado um exemplo de diploma legislativo de redação apurada, na atual Constituição Federal e no atual Código Civil.

[216]- Trata-se de regra prevista no capítulo XVI, artigo 49, §5º, do "Formulário Ortográfico" da Academia Brasileira de Letras, que contém "Instruções para a Organização do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa". Essa regra foi mantida no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, promulgado pelo Decreto 6.583, de 29 de setembro de 2008.

Assim, a substituição de "união federal" por "União" também fez com que a LMS se adequasse à terminologia adotada nos demais diplomas legislativos.

A troca de União Federal por União consistiu apenas em adaptação da LMS à terminologia utilizada pelos demais diplomas legislativos. Não se tratava propriamente de um erro de redação ou de um pleonasmo. A despeito de não existir a "União Estadual" ou a "União Municipal", a expressão "União Federal" não é redundante, pois o termo União, em maiúscula, pode ser utilizado por associações e empresas. Qualificar a União como sendo a federal é uma forma de distingui-la das demais entidades, de direito privado, que usam o termo como nome.

Por essa razão, nos dicionários jurídicos encontram-se as duas formas: União Federal (com maiúsculas) e União. E é comum a distinção entre os dois termos. José Cretella Júnior, ao tratar dos significados do termo, afirma que em nosso direito a União, quando é sujeito de direito e toma parte em litígio, é designada pela expressão União Federal. Tratar-se-ia, em seu entender, do nome dado à União em juízo.[217] Maria Helena Diniz grava em seu "Dicionário jurídico" os dois termos e também lhes atribui significados distintos. Considera que o vocábulo União, em termos técnicos, significa a pessoa jurídica de direito público interno da Administração direta e que União Federal significa "*Agrupamento de Estados-Membros de uma Federação sob a direção do poder central.*" [218].

Aliás, ao se considerar União Federal como um pleonasmo também Administração pública deveria sê-lo, tendo em vista que a palavra Administração, com maiúscula, já indica o Estado-nação, o Poder Público.[219]

3.4.2 Autoridades consideradas federais: insuficiência do artigo 2º

[217]- José Cretella Júnior, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 75, p. 440.
[218]- Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, vol. 4, pp. 659-660.
[219]- "*Em direito administrativo, falando-se de Administração (com A-maiúsculo), entendemos a Administração pública, poder público, o Estado. (...) Administração é desse modo não somente Governo, Poder Executivo, como também a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta, a atividade desenvolvida por esse indispensável aparelho, que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins.*" (José Cretella Júnior, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 4, pp. 335-336).

Meras adaptações de redação à parte, houve uma alteração de ordem técnica no artigo 2º, que significou um pequeno avanço. No final do artigo 2º da Lei 1.533/51 constava que a autoridade coatora seria considerada federal se as consequências patrimoniais do ato atacado pelo mandado de segurança tivessem de ser suportadas pela União ou pelas entidades autárquicas federais. No artigo 2º da Lei 12.016/09 houve substituição de "entidades autárquicas federais" por "entidade por ela controlada", expressão que engloba não apenas as autarquias federais como também sociedades de economia mista federais, empresas públicas federais e fundações federais.[220]

O artigo 2º da Lei 12.016/09 nada mais faz que regulamentar o inciso VIII do artigo 109 da Constituição Federal, que estabelece ser da competência da Justiça Federal processar e julgar os mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade federal. A definição de quem é considerada autoridade federal coube ao legislador ordinário.

No entanto, a alteração realizada pela Lei 12.016/09 pode ser criticada, pois a definição de autoridade coatora como federal é incompleta. E maiores críticas devem ser dirigidas à ausência de maiores alterações. Foram mantidos problemas de redação e não houve menção a diversos pontos relevantes, que já suscitaram muitas dúvidas mas que, hoje, foram resolvidos.

Reitere-se que o objetivo declarado da feitura de uma nova lei para regular o mandado de segurança foi o de positivar entendimentos consolidados pela jurisprudência e pelos doutrinadores ao longo de mais de cinquenta anos de estudos e aplicação da Lei 1.533/51. Tendo isso em mente, nota-se que não há razão para que o legislador tenha deixado de lado muitos desses entendimentos.

Houve avanço em relação à Lei 1.533/51, pois há jurisprudência consolidada, há muito, a respeito de ser de competência da Justiça Federal o julgamento de mandados de segurança impetrados contra atos praticados por autoridades vinculadas a sociedades de

[220]- As empresas públicas e sociedades de economia mista são espécies do gênero "empresa estatal" e, de uma forma geral, diferenciam-se as empresas privadas em razão de serem controladas pelo Poder Público (v. a respeito das características e das distinções entre empresas públicas e sociedade de economia mista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, pp. 421 e 423-430, e Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 363-377). Em sede doutrinária considera-se que para uma empresa ser considerada estatal, além de serem controlada pelo Poder Público é necessário que seja criada por lei (Idem, ibidem). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que "*São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/88, aquelas --- anônimas ou não --- sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei.*" (STF, Tribunal Pleno, MS 26.117-DF, rel. Min. Eros Roberto Grau, j. 20.05.2009).

economia mista federais, empresas públicas federais e fundações federais (v. *infra*, item 3.4).[221]

Mas esse avanço não foi suficiente para englobar a evolução do entendimento sobre o tema. O primeiro problema é que não são apenas essas as autoridades consideradas como federais. São consideradas autoridades coatoras também pessoas no exercício de funções delegadas pelo Poder Público (CF, art. 5º, inc. LXIX; Lei 12.016/09, artigo 1º, §1º). E a delegação, evidentemente, pode ser feita por qualquer das esferas de poder: federal, estadual, distrital e municipal.

É desse modo que a jurisprudência consolidou-se no sentido de ser de competência da Justiça Federal o julgamento de mandados de segurança impetrados contra atos praticados por agentes investidos de poder delegado pelo Poder Público federal. Entende-se que, nesses casos, há somente duas hipóteses: ou se trata de ato particular, desvinculado da delegação de poder, não sendo cabível mandado de segurança, ou se trata de ato de autoridade, ou seja, realizado com base no poder delegado pelo Poder Público, cabendo mandado de segurança. Em outras palavras: ou a autoridade coatora é federal ou não é autoridade.

Logicamente, portanto, não há como se considerar que a competência para o julgamento de mandados de segurança contra atos dessas autoridades seria da Justiça Estadual. O julgamento de demandas judiciais propostas contra as pessoas jurídicas às quais a autoridade está vinculada é de competência da Justiça Estadual, mas a competência para julgamento de mandados de segurança impetrados contra atos dessas autoridades (investidas de poder delegado pelo Poder Público federal) sempre será da Justiça Federal.

A despeito desse entendimento, em se considerando apenas o teor do artigo 2º da LMS, sem a análise da jurisprudência, não seriam consideradas federais as autoridades coatoras que atuassem dotadas de poderes delegados pelo Poder Público federal. Seria de competência da Justiça Estadual o processamento e o julgamento de mandados de segurança contra atos de qualquer pessoa que agisse no exercício de função delegada pelo Poder Público, independentemente de esfera de poder que tivesse efetuado a delegação.

---

[221]- Afirmando a competência da Justiça Federal para julgar mandado de segurança impetrado contra ato de dirigente de sociedade de economia mista (a Petrobrás): STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp. 102.351-SE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.10.2012. Nesse acórdão são citados outros precedentes a esse respeito.

Em relação à competência delegada, prevalece o mesmo entendimento: busca-se a natureza da função desempenhada pela autoridade. Em se tratando de função exercida em razão da delegação de competência federal, a autoridade será considerada federal; em se tratando de delegação de qualquer outra competência, a autoridade será considerada local, sendo da Justiça Estadual a competência para julgamento do mandado de segurança. E em se tratando de ato particular, que não é realizado com base nos poderes delegados, não cabe mandado de segurança.[222]

A mesma orientação se aplica a estabelecimentos de ensino superior, de forma que é da Justiça Federal a competência para julgamento de mandados de segurança contra atos de autoridades vinculadas a universidade federais ou a universidades particulares (que agem sob delegação de competência federal).[223] E, em razão do disposto no artigo 211 da CF, que concede autonomia às universidades estaduais, consolidou-se o entendimento de que mandados de segurança impetrados contra autoridades vinculadas a essas universidades devem ser julgados pela Justiça Estadual e não pela Justiça Federal.[224]

A regra, portanto, é que o que importa não é a natureza jurídica da pessoa jurídica em nome da qual o ato foi praticado, mas sim a natureza da função desempenhada pela autoridade que praticou o ato.

Para evitar confusões e problemas de interpretação, teria sido adequado que o legislador tivesse incluído, também no artigo 2º da Lei de Mandado de Segurança, menção às pessoas que agem investidas de poder delegado pelo Poder Público federal, deixando claro que essas pessoas são consideradas autoridades coatoras federais.

3.4.3 Incongruência com as demais normas que tratam das autoridades

---

[222]- "*Esta Seção, ao julgar o CC 35.972/SP (Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7.6.2004, p. 152), firmou o entendimento de que, havendo mandado de segurança contra ato de entidade privada com função delegada do Poder Público Federal, mostra-se logicamente inconcebível hipótese de competência estadual. É que, de duas uma: ou há, nesse caso, ato de autoridade (caso em que se tratará necessariamente de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou há ato de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível)*" (STJ, 1ª Seção, CC 122.713-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.08.2012). No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, REsp. 849.121-SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.03.2008, com menção a outros acórdãos, e STJ, 1ª Seção, CC 48.635-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2008.

[223]- V., por todos, STJ, 1ª Seção, CC 45.660-PB, rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2004, e STJ, 1ª Seção, CC 72.981-MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.03.2007.

[224]- V., por todos, STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 109.231-SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.04.2010.

A fixação desse ponto leva a um segundo problema. O legislador reformista não apenas manteve uma incongruência existente entre os artigos da Lei 1.533/51 como acabou por aumentá-la.

Como mencionado anteriormente, nos artigos 1º e 2º da Lei 1.533/51 mencionava-se de forma diferente quem poderia ser a autoridade. No §1º do artigo 1º afirmava-se que eram consideradas autoridades os representantes ou administradores de autarquias e as pessoas que exercessem funções delegadas pelo Poder Público. Já no artigo 2º havia menção apenas à União e às autarquias federais, sem menção às pessoas que exerciam funções delegadas pelo Poder Público.

A despeito dessa diferença, ao menos a princípio não era possível considerar que havia uma incongruência entre o artigo 1º, *caput* e §1º, e o artigo 2º da Lei 1.533/51. Talvez a intenção do legislador de 1951 fosse exatamente excluir da competência da Justiça Federal o julgamento de todos os mandados de segurança impetrados contra atos de pessoas que exercessem funções delegadas pelo Poder Público, independentemente da esfera de poder que tenha realizado a delegação. Além disso, em 1951 não existia a Justiça Federal comum de primeira instância, de forma que a definição da autoridade coatora como federal tinha relevância apenas para fins de definição da competência para julgamento de recursos oriundos de processos de mandado de segurança: seria do Tribunal Federal de Recursos (TFR) quando a autoridade apontada como coatora fosse considerada federal. O artigo 2º da Lei 1.533/51 apenas regulamentava em parte o artigo 104, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal de 1946.[225]

[225]- A Justiça Federal foi totalmente extinta pela Constituição Federal de 1937, sendo os feitos de sua competência deslocados para as Justiças Estaduais. Em seguida foram criados os Juízes Privativos dos Feitos da Fazenda Pública para julgar as causas em que o Poder Público figurasse como parte. As causas de interesse da União eram julgadas por juízes estaduais. A Constituição de 1946 recriou apenas a Justiça Federal de segunda instância, que consistia somente no Tribunal Federal de Recursos (TFR). E, no tocante a mandados de segurança, o TFR tinha competência originária apenas para julgar mandados de segurança impetrados contra atos de Ministros de Estado, do próprio TFR ou de seu Presidente (CF 1946, art. 104, inciso I, alínea "b"). Apenas se houvesse recurso em processo de mandado de segurança em que a autoridade coatora fosse considerada federal é que a competência seria da Justiça Federal – ou seja, o recurso seria julgado pelo TFR (CF 1946, art. 104, inc. II, alínea "b").
A inexistência de Justiça Federal de primeira instância e a existência de varas privativas da Fazenda Pública apenas nas capitais fez com que o artigo 2º da Lei 1.533/51, por mais de uma década, provocasse dúvidas a respeito da competência nos casos em que a autoridade coatora era considerada federal mas estava locada no interior do Estado-membro. Em função do disposto em seu artigo 2º e da organização judiciária então existente, discutia-se se a competência para processar a julgar mandados de segurança de competência da

Mas, com a evolução do entendimento a respeito de quem é considerada autoridade federal, essa incongruência passou a existir. A expressão “entidades autárquicas federais”, contida no artigo 2º da Lei 1.533/51, passou a ser interpretada extensivamente, para abranger não apenas as autarquias, mas também outras entidades controladas pela União, integrantes da Administração pública direita ou indireta e, ainda, pessoas em exercício de função delegada pelo Poder Público federal.

A consolidação do entendimento de ser necessário interpretar extensivamente o rol de autoridades constante do artigo 2º da Lei 1.533/51 poderia não tornar necessária, por si, uma reforma da LMS, para que esse entendimento fosse positivado. Entretanto, tendo sido feita uma nova Lei do Mandado de Segurança, em substituição à anterior, e sendo seu objetivo consolidar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito de mandado de segurança, não faz sentido que o legislador de 2009 tenha alterado o artigo 2º apenas para substituir “entidades autárquicas federais” por “entidades por ela controlada”. Considerando-se o intuito da Lei 12.016/09, teria sido melhor adequar o artigo 2º da LMS a toda a jurisprudência sobre o tema, englobando-a.

A redação conferida ao artigo 2º da Lei 12.016/09 acabou por acentuar a incongruência da LMS ao se referir às autoridades. Os §§1º e 2º do artigo 1º da LMS trazem dois róis diferentes de autoridades. O artigo 2º traz um terceiro rol, o de autoridades vinculadas e entidade controlada pela União. E a confusão aumenta com o §3º do artigo 6º da LMS, introduzido pela Lei 12.016/09, que traz parte do conceito de autoridade. A unificação dos termos utilizados na LMS e a concentração dos conceitos de autoridade coatora no mesmo artigo de lei ou ao menos em artigos subsequentes certamente facilitaria o trabalho dos operadores do direito.

3.4.4 Manutenção de critério legal equivocado para a definição da autoridade como federal

---

primeira instância seria do juízo da comarca em que estava localizada a autoridade coatora ou se do Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda Pública Federal da Capital do Estado em razão do privilégio de foro da União, havendo julgados nos dois sentidos (Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 129-130). O problema só foi definitivamente solucionado quinze anos depois. O Ato Institucional n. 2 recriou a Justiça Federal de primeira instância e a Lei 5.010/66 a regulamentou, criando a competência residual dos juízes de direito nas comarcas em que não houvesse juízes federais (art. 80).

Mas o maior problema do artigo 2º da Lei 12.016/09 é a manutenção do critério que, em tese, deve ser utilizado como base para a definição da autoridade coatora como federal. Nesse ponto o legislador de 2009 apenas repetiu o que fez o legislador de 1951, estabelecendo que deve ser averiguada a pessoa jurídica que sofrerá as consequências patrimoniais do ato impugnado para se definir a autoridade coatora como federal.

Ao longo do tempo, esse critério deixou de ser utilizado. Há décadas se entende que o critério para definição como federal da autoridade coatora não é o estabelecido no artigo 2º da LMS, mas sim a função exercida pela autoridade coatora.

Tornou-se clássica a lição de Castro Nunes a esse respeito. Para ele, a definição da competência para processar e julgar mandados de segurança é feita tomando-se por base dois princípios: o primeiro, a natureza da autoridade coatora (*ratione autoritatis*), se federal ou local; o segundo, a graduação hierárquica da autoridade coatora (*ratione muneris*).[226] O primeiro critério é utilizado para definir se a competência será da Justiça Federal ou da Justiça Estadual. E o segundo para definir se haverá competência originária de um Tribunal.

Esses são os critérios adotados até hoje por nossos Tribunais, havendo apenas, em alguns julgados, uma ligeira alteração da terminologia. O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente vem decidindo que a competência para o julgamento de mandado de segurança é definida em razão da natureza da autoridade apontada como coatora ou de sua função ou da categoria funcional, ou seja, *ratione autoritatis*, e não em razão da pessoa jurídica que poderá sofrer as consequências patrimoniais do ato.[227] Mas os três termos – natureza, função e categoria funcional – são utilizados como sinônimos, de forma que na prática o critério permanece o mesmo preconizado por Castro Nunes.

Em sede doutrinária o entendimento é o mesmo. Alfredo Buzaid apenas inverte a ordem da análise dos critérios a serem utilizados para a definição da competência: defende que primeiro deve se analisar se a autoridade coatora possui "*foro privilegiado*" e depois se deve analisar se a autoridade é estadual ou federal.[228] Em nenhum momento menciona que

---

[226]- José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, p. 217.

[227]- Há diversos precedentes: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp. 39.578-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.03.2012; STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 114.403-PE, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28.09.2011; STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 109.584-CE, rel. Min. Arnaldo Esteve Lima, j. 25.05.2011.

[228]- Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual*, pp. 226-227. Merece reparo, no entanto, o uso da expressão "foro privilegiado". Dinamarco demonstra que sendo foro

seria necessário verificar qual é a pessoa jurídica que sofrerá as consequências patrimoniais de um eventual julgamento de procedência do mandado de segurança.

Mais recentemente a lição de Castro Nunes é mencionada por Sergio Ferraz[229], Cassio Scarpinella Bueno[230], José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo[231], que adotam a mesma posição.

Diante de tantas manifestações doutrinárias no mesmo sentido, ao longo de décadas, e de seguidos acórdãos adotando o mesmo entendimento, é bastante claro que o entendimento é pacífico. A definição da autoridade coatora como federal, para fins de determinar a competência da Justiça Federal para julgamento do mandado de segurança, dá-se por meio da busca da natureza da função exercida pela autoridade coatora e não pelas consequências patrimoniais do ato impugnado.

A existência de entendimento pacífico poderia ser utilizada como argumento contrário à sua positivação. Contudo, o fato de em 2012 o STJ continuar a realizar julgamentos a respeito dessa questão mostra que a positivação tem potencial para trazer benefícios, eliminando (ou ao menos reduzindo) as dúvidas que surgem da interpretação do artigo 2º da LMS. E, como mencionado, a promulgação da Lei 12.016/09 tem por principal fundamento facilitar a interpretação das normas que regulamentam o mandado de segurança. A alteração do critério previsto no artigo 2º da Lei 1.533/51 para o critério efetivamente adotado pelos operadores do direito certamente cumpriria essa função.

Há ainda outro fator a demonstrar ser equivocada a repetição do ultrapassado critério anterior. Há mandados de segurança que não geram qualquer consequência patrimonial para a pessoa jurídica à qual a autoridade coatora está vinculada. O exemplo mais claro – e talvez o mais corriqueiro – é a impetração de mandado de segurança por candidato questionando sua classificação em concursos públicos ou a ordem de nomeação dos aprovados. Nesses casos, o julgamento de procedência do mandado de segurança não gera qualquer consequência patrimonial para a pessoa jurídica que terá de cumprir a

---

sinônimo de comarca, "*Outro erro a evitar consiste no uso da palavra foro para traduzir a idéia de competência originária dos tribunais*" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 451). É mais adequado falar-se em competência originária por prerrogativa de função.

[229]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 54.

[230]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 47-48.

[231]- José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei 12.016/09*, pp. 53-54.

ordem, se o mandado de segurança for concedido. Haverá apenas alteração da pessoa física que será nomeada para ocupar um cargo público, com exclusão de outra. Os gastos da Administração pública permanecerão iguais.

Outros exemplos são os mandados de segurança impetrados para a obtenção de certidões negativas de débitos tributários ou certidões positivas com efeito de negativas, muito comuns na praxe forense. Sendo concedida a segurança, a Administração não sofrerá consequências patrimoniais.

Estevão Mallet também considera inadequada a manutenção do critério da consequência patrimonial do ato impugnado como fator para determinação da competência da Justiça Federal para processar e julgar o mandado de segurança, defendendo que a discussão pode abranger questões não-patrimoniais, como culturais, artísticas e históricas.[232] Não concordo inteiramente com essa posição, já que mandados de segurança sem conteúdo patrimonial imediato, como os em que questões ambientais sejam discutidas, podem ter consequências patrimoniais mediatas, na hipótese de o ato impugnado ter produzido efeitos e de estes, em razão do julgamento de procedência do mandado de segurança, terem de ser desfeitos. Nessas hipóteses o critério adotado pelo legislador poderia, em tese, ser utilizado. E, ainda, é discutível se direitos ao patrimônio artístico, cultural e histórico podem ser defendidos por meio de mandado de segurança, pois, como regra, trata-se de direitos difusos, que não poderiam ser defendidos por mandado de segurança individual (sobre a possibilidade de defesa desses direitos por mandado de segurança coletivo, v. *infra*, item 4.4).

Tomando-se literalmente a redação do artigo 2º da Lei 12.016/09, tem-se que, nos casos em que não há consequências patrimoniais para qualquer pessoa jurídica em razão do julgamento de procedência e não está presente qualquer das hipóteses previstas no artigo 109 da Constituição, a competência para processar e julgar o mandado de segurança seria da Justiça Estadual, que possui competência residual. Não é esse, contudo, o entendimento de nossos Tribunais. É a natureza da autoridade coatora o critério utilizado para determinar se a competência é da Justiça Federal.

Mas é claro que essas considerações apenas são válidas se a expressão "consequências de ordem patrimonial do ato", contida no artigo 2º, for interpretada como

[232]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, p. 39.

“consequências de ordem patrimonial do julgamento de procedência do mandado de segurança”. É apenas com essa interpretação que para se definir a autoridade coatora como federal é que será apurado se com o cumprimento de uma sentença concessiva da segurança alguma pessoa jurídica sofrerá consequências patrimoniais.

Essa é a interpretação que parece correta, pois a adoção de uma interpretação literal aumentaria ainda mais o problema. Considerando-se que devem ser analisadas as consequências patrimoniais do ato impugnado pelo mandado de segurança para a definição da autoridade coatora como federal o rol de causas de competência da Justiça Federal seria drasticamente reduzido. Não seriam de sua competência, por exemplo, o julgamento de mandados de segurança que impugnassem atos administrativos que impõem penalidades a servidores públicos (desde que do ato não derivassem consequências patrimoniais).

Os problemas de redação do artigo 2º da Lei 12.016/09, que repetiu muitos dos problemas de redação da lei anterior, demonstram que seria muito mais simples a interpretação dessa norma se o legislador tivesse acolhido o entendimento doutrinário e para a evolução jurisprudencial sobre o tema.

Abriam-se duas possibilidades de alteração do artigo 2º da Lei 1.533/51 ao legislador. A primeira seria adotar os parâmetros gerais estabelecidos pelos doutrinadores e acatados pela jurisprudência, estabelecendo-se no artigo 2º que a autoridade coatora será considerada federal quando for federal a natureza da função por ela desempenhada. E a segunda seria apresentar um rol exemplificativo das autoridades coatoras consideradas federais.

Adotando-se a segunda possibilidade, o legislador poderia ter se valido dos róis de autoridades apresentados nos §§1º e 2º do artigo 1º da Lei 12.016/09 e os complementado para abranger as demais autoridades coatoras. Assim, teria estabelecido que são federais as autoridades coatoras que exercem função na Administração pública federal, direta ou indireta, em empresas públicas federais, sociedades de economia mista federais e fundações federais, bem como os agentes de pessoas jurídicas e as pessoas naturais no exercício de funções delegadas pelo Poder Público federal.

Também se considerando essa segunda possibilidade, o legislador poderia ter se valido do artigo 5º, inciso I, alínea “b”, da Lei 191/36 – a primeira a regulamentar o mandado de segurança. Nesse dispositivo legal se estabelecia ser de competência da

Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança impetrados contra atos de quaisquer autoridades federais, inclusive legislativas, e de "*entidades autárquicas, institutos ou empresas que dirijam ou explorem serviços criados e mantidos ou delegados pela União*". Essa norma deixava bastante claro que qualquer pessoa que exerce função delegada pelo Poder Público federal seria considerada como autoridade coatora federal para fins de fixação da competência para julgamento de mandado de segurança.

Por fim, há um último ponto a ser considerado. Mesmo a adoção dos critérios *ratione autoritatis* e *ratione muneris* para definir a competência pode levar a dúvidas, em casos bastante específicos. É o que ocorre quando uma pessoa, geralmente integrante da Administração direta, exerce outra função em entidade da Administração indireta ou em empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação federal.

É o caso, por exemplo, de Ministro de Estado que age como presidente de autarquia e, nessa qualidade, tem seu ato impugnado por meio de mandado de segurança. Analisando essa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não teria competência originária para julgamento do mandado de segurança e que a competência seria da Justiça Federal de primeira instância[233]. A mesma conclusão se impõe para atos praticados por Governador de Estado no exercício da função de presidente de empresa pública ou de representante do acionista majoritário de sociedade de economia mista: a competência para julgamento de mandados

Portanto, para se definir a autoridade coatora como federal deve-se buscar não o cargo exercido pela autoridade, mas sim a exata função por ela exercida.

Sendo esse entendimento pacífico e há muito tempo e se considerando que a intenção do legislador era adequar o texto legal ao entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado, o legislador deveria ter retirado do artigo 2º da LMS um critério de definição de competência que simplesmente não é utilizado (a busca da pessoa jurídica que sofrerá as consequências patrimoniais do ato) e substituí-lo pelo critério realmente utilizado para se definir a autoridade como federal e, consequentemente, determinar a competência da Justiça Federal comum para julgamento da causa.

De qualquer modo, como será demonstrado, esse não é o único critério para definir a competência para julgamentos de mandados de segurança.

---

[233]- STJ, 1ª Seção, MS 6.882-DF, rel. Min. Franciulli Neto, j. 22.11.2000.

3.4.5 Divisões de competência dentro da Justiça Federal

Como mencionado, acolhe-se pacificamente a teoria formulada por Castro Nunes para a definição da competência em sede de mandado de segurança. Todavia, é muito comum que seja mencionada apenas parte dessa teoria, afirmando-se que a utilização de somente dois critérios é necessária para a definição da competência para o julgamento de mandados de segurança: a natureza da autoridade, se federal ou local, e sua graduação hierárquica.[234]

No entanto, por meio da aplicação desses critérios somente é possível separar os processos de competência da Justiça Federal daqueles da Justiça Estadual e determinar os casos de competência originária dos tribunais. Não são abrangidos os processos de competência das divisões da Justiça Federal, ou seja, os que são de competência da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho.

É necessário ressaltar que a teoria de Castro Nunes, considerando-se as divisões do Poder Judiciário existentes à época em que foi formulada, está correta. Essa teoria consta da primeira edição de seu livro, em 1937. E, atento às peculiaridades da época, afirmou que a competência para julgamento do processo seria *ratione autoritatis* e *ratione muneris*, exceto nos casos de competência da Justiça Eleitoral. Nesses processos a competência era definida *ratione materiae*.[235]

Entretanto, a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937 extinguiu a Justiça Federal (inclusive a Justiça Eleitoral). O Poder Judiciário passou a ser constituído apenas pelo Supremo Tribunal Federal, pelos juízes e tribunais estaduais e pelos juízes e tribunais militares (CF 1937, art. 90), sendo que a Justiça Militar não tinha competência para o

---

[234]- São exemplos de juristas que somente fazem menção a esses dois critérios: Sergio Ferraz (*Mandado de Segurança*, pp. 54-57); Cassio Scarpinella Bueno (*Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, p. 48);

[235]- "*É uma competencia* ratione autoritatis, *porque depende da qualificação da autoridade pelo criterio acima; e* ratione muneris, *isto é, em razão do cargo ou funcção da autoridade contra a qual se requer o mandado. Aquella regra soffre, porém, uma excepção nos casos da competencia da Justiça Eleitoral, competencia que é ratione materiae – 'casos pertinentes a materia eleitoral'. (Const. Art. 83, f), competindo àquella Justiça, que é* federal, *decidir os mandados de segurança ainda que requeridos contra actos das autoridades locaes*" (José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, 1ª Edição, pp. 227-228). A redação e os grifos são os originais, da obra de 1937.

julgamento de mandados de segurança. Assim, para a definição da competência para julgamento de mandados de segurança era necessário apenas fazer uso do critério hierárquico (*ratione muneris*): verificava-se a competência originária do STF e em seguida dos tribunais locais; em não se tratando de processo de competência originária, o julgamento seria feito pelos juízes estaduais de primeiro grau. Não era preciso analisar a natureza da função desempenhada pela autoridade.

No entanto, em 1945 a Justiça Eleitoral foi recriada, sendo que na Constituição Federal de 1946 foi definida, novamente, sua competência para julgamentos de mandados de segurança que versassem sobre matéria eleitoral (CF 1946, art. 119, inc. VII). Por consequência, já em 1946 voltou a ser necessária a utilização do critério *ratione materiae* para encontrar a competência para julgamento de processos de mandados de segurança.

Ainda: como a CF 1946 recriou a Justiça Federal comum de segunda instância, instituindo o Tribunal Federal de Recursos e lhe atribuindo tanto competência originária para o julgamento de mandados de segurança (CF 1946, art. 104, inciso I, alínea “b”) quanto competência para julgar recursos em processos de mandado de segurança em que a autoridade coatora fosse considerada federal (CF 1946, art. 104, inc. II, alínea “b”) houve novo problema com a teoria de Castro Nunes.

Como só existiam, em primeira instância, a Justiça Estadual e a Justiça Eleitoral, para a definição da competência era necessário analisar a matéria discutida no mandado de segurança e a hierarquia da autoridade, para definir se o julgamento seria de competência originária de algum tribunal. A função exercida pela autoridade só tinha relevância para definir a competência recursal do Tribunal Federal de Recursos. A distinção entre os casos de competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal (Justiça Eleitoral e TFR) era feita *ratione materiae* e *ratione muneris*.

Essa situação permaneceu inalterada em 1965, quando da entrada em vigor do Código Eleitoral. Mas sofreu mudanças com a Constituição Federal de 1967, que recriou a Justiça Federal de primeira instância e lhe atribuiu competência para o julgamento de mandados de segurança em que a autoridade fosse federal (CF 1967, art. 119, inc. VIII). Em razão dessa alteração voltou a ser plenamente aplicável a teoria elaborada por Castro Nunes, sendo a definição da competência feita *ratione autoritatis* e *ratione muneris*, exceto

nos casos de competência da Justiça Eleitoral, em que a competência era definida *ratione materiae*.

A Constituição Federal de 1988 não alterou esse quadro, a despeito de não mais existir menção à competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de mandados de segurança em matéria eleitoral. O artigo 121 da CF estabeleceu que "*lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais*". Enquanto essa lei não é promulgada, continuam em vigor o Código Eleitoral de 1965, que determina ser de competência da Justiça Eleitoral de primeira instância o julgamento de mandados de segurança que tratem de matéria eleitoral (Lei 4.737/65, art. 35, inc. III).

Mas surgiram novidades em relação à competência para o julgamento de mandados de segurança com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu dois novos critérios *ratione materiae* para a definição da competência. Essa emenda constitucional acrescentou o inciso IV ao artigo 114 da CF, que determina ser de competência da Justiça do Trabalho o julgamento dos mandados de segurança "*quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição*" (CF, art. 114, inc. IV), ou seja, todas as causas descritas nos incisos desse mesmo artigo. Ainda, essa Emenda Constitucional alterou o §4º do artigo 125 da CF, para estabelecer serem de competência da Justiça Militar estadual os julgamentos de "*ações judiciais contra atos disciplinares militares*". Anteriormente a competência da Justiça Militar abrangia somente matéria criminal.

Surgiram dúvidas a respeito do alcance dessas normas. A título de exemplo, pode-se mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de conflito de competência, interpretando o inciso IV do artigo 114 da CF, decidiu que são de competência da Justiça do Trabalho os julgamentos de mandados de segurança que versam sobre penalidades impostas em razão do descumprimento da obrigação de contratar empregados reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, por força do disposto no inciso VII do artigo 114 da CF.[236]

Entretanto, em outro julgamento do STJ decidiu que é de competência da Justiça Federal comum o julgamento de mandado de segurança em que se discuta a anulação da

[236]- STJ, 1ª Seção, CC 120.890-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2012.

auto de infração lavrado pela Polícia Federal em razão da presença de estrangeiros trabalhando em situação irregular, sem visto temporário, em navio de bandeira estrangeira, por se tratar de penalidade imposta em razão da violação de normas do Estatuto do Estrangeiro e não da CLT.[237]

Em relação à Justiça Militar, a jurisprudência do STJ é no sentido de que o §4º do artigo 125 da CF se aplica também aos mandados de segurança. Desse modo, o julgamento de mandados de segurança que questionem atos disciplinares militares é de competência da Justiça Militar. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça também pacificou o entendimento de que o §4º do artigo 125 da CF deve ser interpretado de forma restritiva, para abranger somente as ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as consequências desses atos. Duas foram as razões apresentadas para justificar esse entendimento. A primeira é que a Justiça Militar é especializada, de forma que as normas que alargam sua competência devem ser interpretadas de forma restrita, para não invadir a competência da Justiça comum, que é residual. A segunda é que não seria da tradição da Justiça Militar brasileira julgar ações de natureza civil.[238]

Portanto, a competência da Justiça do Trabalho e a da Justiça Militar é definida *ratione materiae* e, por serem duas justiças especializadas, a interpretação das normas que determinam sua competência deve ser feita de forma estrita. Todos os casos que não forem de competência das justiças especializadas serão, por exclusão, da Justiça comum.

3.4.6 Impetração de mandado de segurança por entes da Administração pública federal

Há, ainda, outro problema na teoria geralmente utilizada para a definição da competência da Justiça Federal para o julgamento de mandados de segurança: os casos em que o impetrante é ente da Administração pública federal, direta ou indireta. Mais especificamente, os entes elencados no inciso I do artigo 109 da Constituição Federal: a União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

---

[237]- STJ, 1ª Seção, CC 121.021-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 30.05.2012.
[238]- V., por todos, STJ, 2ª Turma, RMS 34.125-GO, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.09.2011.

A questão surgiu nos casos de mandado de segurança impetrado por um desses entes contra decisão judicial proferida por magistrado integrante da Justiça Estadual. Há um conflito de normas: considerando-se a natureza jurídica do impetrante, a competência para processar e julgar o mandado de segurança seria da Justiça Federal; mas se considerando a função da autoridade a competência seria da Justiça Estadual.

Depois de muitas discussões a respeito desse tema, o STF pacificou o entendimento de que "*compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança*" (STF, súmula 511).

Por força desse entendimento, impetrado mandado de segurança, mesmo que a autoridade coatora não seja federal a competência para julgamento do mandado de segurança será da Justiça Federal quando o impetrante for a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. O critério a ser utilizado para a definição da competência, portanto, é *ratione personae*.

Apesar de a súmula 511 do STF ter sido aprovada na sessão plenária de 3 de dezembro de 1969, o Superior Tribunal de Justiça vem confirmando sua aplicabilidade aos processos atuais.[239] Desse modo, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 essa orientação continua a valer. O entendimento é o de que o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, ao estabelecer os casos de competência da Justiça Federal, não faz qualquer distinção entre os tipos de ações que são de sua competência, de forma que o processamento e o julgamento de todos os processos em que figurem, em qualquer dos pólos, os entes elencados nessa norma, são de competência da Justiça Federal – inclusive mandados de segurança e independentemente da natureza da função desempenhada pela autoridade que praticou o ato impugnado.[240]

Há, no entanto, outra questão. O artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, determina que são de competência dos juízes federais, de primeira instância, os julgamentos das causas em que figurem como parte a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. A ser tomado de modo isolado, significaria que um juiz federal é

---

[239]- "*A competência para julgamento de mandado de segurança impetrado por autarquia federal é da Justiça Federal (art. 109, I, da CF), mesmo que a autoridade coatora seja autoridade estadual. Aplicação do princípio federativo da prevalência do órgão judiciário da União sobre o do Estado-membro (Súmula 511/STF)*" (STJ, 1ª Seção, CC 68.584-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.03.2007).

[240]- V., por todos, STJ, 1ª Seção, CC 45.709-SP, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 23.08.2006.

competente para apreciar mandado de segurança impetrado contra ato judicial de juiz estadual.

Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que é necessário existir simetria entre os juízes federais e estaduais, não cabendo a uns apreciar atos dos outros. A competência para tanto é dos tribunais. E, assim, decidiu pela necessidade de aplicação conjunta dos artigos 108, inciso I, alínea "c", e o artigo 109, inciso I, ambos da Constituição Federal, cabendo aos Tribunais Regionais Federais apreciar mandados de segurança impetrados pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal contra atos de juízes estaduais.[241] No mesmo sentido se posiciona o STJ.[242] Aplicam-se, conjuntamente, o inciso I do artigo 109 e a alínea "c" do inciso I do artigo 108 da Constituição Federal.

Por consequência, a função desempenhada pela autoridade é relevante para a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento de mandados de segurança, mas não é determinante. Não é o único critério a ser considerado. A competência da Justiça Federal, também em processos de mandado de segurança, se define pela pessoa do impetrante (CF, art. 109, inc. I).

E, como demonstrado, também é utilizado como critério para a definição da competência e a hierarquia da autoridade coatora, no ponto em que determina a competência originária dos tribunais para o julgamento do mandado de segurança. Ou seja: além do critério *ratione personae* é também utilizado o critério *ratione muneris*.

3.4.7 Os critérios atuais para a definição da competência: uma releitura da teoria de Castro Nunes

[241]- V., por todos, STF, Tribunal Pleno, RE 176.881-RS, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, j. 13.03.1997.

[242]- *"(...) em razão do princípio da hierarquia, os mandados de segurança impetrados contra atos praticados por juízes federais, nos termos do art. 108, I, 'c', da Carta Magna, são processados e julgados originariamente pelos Tribunais Regionais Federais. Desse modo, em respeito ao princípio da simetria, as ações mandamentais impetradas contra ato de Juiz Estadual também devem ser processadas e julgadas originariamente pela Corte Regional*" (STJ, 1ª Seção, CC 46.512-RN, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.08.2005). No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, RMS 34.029-RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28.06.2011.

A análise de todas as questões apresentadas nos tópicos anteriores demonstra que, atualmente, são quatro os critérios a serem utilizados para a definição da competência para processar e julgar processos de mandado de segurança, e não três, como consta da teoria de Castro Nunes. Ainda, em razão de alterações de competência das justiças especializadas, alguns pontos de sua teoria têm de ser revistos.

O primeiro critério a ser utilizado, e que prevalece em relação aos demais, é a gradação hierárquica da autoridade incluída no pólo passivo da demanda (*ratione muneris*). Os mandados de segurança impetrados contra atos de autoridade que, em razão de sua hierarquia, são definidos como sendo de competência originária dos tribunais, podem versar sobre qualquer matéria, sem que, com isso, seja alterada sua competência.

Assim é que, embora o Tribunal Superior Eleitoral não tenha competência, a princípio, para julgar matéria não-eleitoral, é de sua competência o julgamento de mandados de segurança impetrados em face de presidente de Tribunal Regional Eleitoral, sendo irrelevante a natureza da matéria em discussão. O Tribunal Superior Eleitoral tem entendimento pacífico nesse sentido: sua competência abrange o julgamento de mandados de segurança que versem sobre direito material administrativo ou civil, desde que o julgamento de atos da autoridade que praticou o ato seja de sua competência.[243]

O segundo critério para a determinação da competência, que só não prevalece em relação ao hierárquico, é a da matéria discutida no processo. Em não se tratando de processo de competência originária de qualquer dos tribunais, deverá ser analisado o conteúdo do mandado de segurança. Versando sobre direito eleitoral, a competência para seu julgamento será da Justiça Eleitoral; versando sobre atos disciplinares militares ou suas consequências, a competência será da Justiça Militar; e tratando de direito do trabalho, a competência será da Justiça do Trabalho.

O terceiro critério a ser utilizado é *ratione personae*: se no processo de mandado de segurança for autora ou assistente a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal a competência para julgamento da causa será da Justiça Federal – também independentemente da natureza da função desempenhada pela autoridade que praticou o ato impugnado. As exceções são os dois critérios anteriores: o próprio inciso I do artigo 109 da CF estabelece que as causas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho não

[243]- V., por todos, TSE, RMS 483-BA, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, j. 27.05.2008.

são de competência da Justiça Federal, prevalecendo a competência daquelas em caso de conflito; e, a depender do grau hierárquico da autoridade, a competência poderá ser de um dos tribunais.

Há, no entanto, uma peculiaridade. Como mencionado, os processos que seriam julgados originariamente pelos tribunais de justiça estaduais passam a ser de competência dos tribunais regionais federais quando o impetrante é a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal. O critério hierárquico, nesse caso, deve ser combinado com o critério *ratione personae*.

A natureza da função desempenhada pela autoridade quando da prática do ato impugnado é apenas o quarto critério para a definição da competência. Somente depois de ultrapassados todos os critérios anteriores, sendo definido, de forma residual, que a competência para o julgamento do mandado de segurança é da primeira instância da Justiça comum, é que será feita a análise da natureza da função desempenhada pela autoridade coatora, se federal ou local.

3.5 Cumprimento de decisões em processos de mandado de segurança

Uma das inovações introduzidas pelo mandado de segurança em nosso sistema processual quando de sua criação foi a forma de cumprimento das decisões nele proferidas – tanto a sentença que concede a segurança quanto a decisão que defere a liminar. Constava do parágrafo único do artigo 10 da Lei 191/36 que o representante legal da pessoa jurídica que praticou o ato impugnado, ao ser intimado da sentença concessiva da segurança, deveria imediatamente tomar as providências necessárias para cumprir a sentença, sendo que o descumprimento dessa obrigação configuraria crime.[244]

Até o advento da Lei 191/36, como regra, havendo descumprimento de uma obrigação a consequência era sua conversão em perdas e danos (CC 1916, art. 1.056), sendo possível ao credor pedir a terceiro que cumprisse a obrigação à custa do devedor

[244]- Lei 191/36, art. 10, par. ún.: "*Recebendo a cópia da sentença, o representante da pessoa jurídica de direito público, sob pena de responsabilidade ou, no caso do art. 1º, parágrafo único, o representante da pessoa que praticou o ato impugnado, sob pena de desobediência, dará imediatamente as providências necessárias para cumprir a decisão judicial.*".

(CC 1916, art. 881) ou pedir que o devedor desfizesse o ato praticado sob pena de se desfazer à sua custa (CC 1916, art. 883).[245] Entretanto, as obrigações infungíveis acabavam por ser convertidas em perdas e danos.

O parágrafo único do artigo 10 dessa Lei introduziu no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de execução específica da obrigação, estabelecendo consequência penal para o caso de descumprimento.[246] Nas palavras de Castro Nunes, "*Está nisso precisamente a característica do* writ*: a restituição do direito* in natura".[247]

Essa peculiaridade, aliada à celeridade inerente aos processos de mandado de segurança, fez surgir dúvidas sobre a forma de cumprimento da sentença que julgasse procedente a demanda. Deve-se lembrar que tanto durante a vigência do CPC de 1939 quanto do CPC de 1973, antes das alterações nele promovidas pela Lei 11.232/2005, o cumprimento das sentenças se fazia por meio da instauração de um novo processo, o processo de execução de título executivo judicial, sendo necessária nova citação do obrigado para cumprir a sentença, ainda que se tratasse de obrigação de fazer ou de não-fazer.[248] E a instauração de um processo de execução é claramente incompatível com a celeridade do procedimento do mandado de segurança.

No início das discussões sobre a forma de cumprimento da sentença que concede a segurança havia ainda outro problema. Muitos juristas defendiam que não era admissível a execução forçada contra o Estado.[249] Eram assim as opiniões de Seabra Fagundes (que estabelecia, no entanto, algumas exceções, dentre as quais não se encontrava o mandado de segurança),[250] e de Celso Agrícola Barbi.[251] Em sentido contrário posicionava-se Castro Nunes, defendendo que o Poder Público estava obrigado a cumprir as decisões concessivas

---

[245]- José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, pp. 326-328.
[246]- "*Êsse modo, pelo qual o mandado provê ao pedido (ordem positiva ou negativa), constitui o único meio eficiente no amparo a certos direitos, cuja efetividade depende de prestações infungíveis ao indivíduo*" (Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 357-358).
[247]- José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, p. 326.
[248]- CPC de 1939, arts. 918, 992 e 998.
[249]- V., por todos, Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 353.
[250]- Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 228-229.
[251]- "*A nosso ver, a razão está com aqueles que não admitem a 'execução forçada' contra o Estado, pois, consistindo esta na substituição da atividade do executado pela do juiz, isto não é possível quando o executado for o Estado.*" (Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 248). Entretanto, em momento posterior Barbi mudou de opinião (embora as duas opiniões permaneçam na mesma edição de sua obra), afirmando que "*A possibilidade de execução específica da sentença é, atualmente, em relação ao Estado, um princípio geral do direito brasileiro, e não se limita apenas às sentenças proferidas em mandado de segurança.*" (Idem, ibidem, p. 252).

de mandado de segurança, sendo que a conversão em perdas e danos somente poderia ocorrer se houvesse requerimento expresso por parte do impetrante.[252]

A despeito de, historicamente, ter havido grande divergência a esse respeito, pacificou-se o entendimento de ser possível a execução forçada de obrigação de fazer ou de não fazer contra o Poder Público.[253]

Pacificada essa possibilidade, surgiu outra questão: a forma de se requerer o cumprimento da sentença que concedesse a segurança. Como exposto, instaurar um processo de execução, com nova citação (ou, sob a égide da Lei 1.533/51, novo pedido de prestação de informações, já que deixou de haver menção à citação da pessoa jurídica interessada, tendo havido nova menção a esse respeito apenas na Lei 4.348/64), seria incompatível com o rito do mandado de segurança, célere e concentrado.

Um julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema tornou-se famoso: o do mandado de segurança n. 83, realizado ainda quando da vigência da Constituição Federal de 1934. O STF decidiu que a execução de sentenças que julgassem procedentes processos de mandado de segurança seria realizada mediante a expedição de um mandado, expedido a requerimento do impetrante, sendo também necessária a expedição de ofício para a autoridade, comunicando a decisão.[254]

Esse entendimento foi positivado pelo legislador de 1936. Constou do artigo 10 da Lei 191/36 que, sendo julgada procedente a demanda, a sentença deveria ser enviada por ofício à autoridade e à pessoa jurídica interessada (alínea "a") e que seria expedido "*como título executivo em favor de quem o impetrou, o mandado de segurança*" (alínea "b"). Normas semelhantes constaram do CPC de 1939 (art. 325, incs. I e II). Mas Celso Agrícola Barbi afirma que caiu em desuso a extração do mandado, limitando-se a execução de sentenças concessivas de mandado de segurança à expedição de ofício à autoridade.[255]

Não há divergências a esse respeito. A execução da sentença que julga procedente o mandado de segurança é, até hoje, feita mediante simples expedição de ofício à

---

[252]- José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, p. 328.
[253]- Sobre a evolução dos entendimentos a esse respeito, v. Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 251-254.
[254]- Esse acórdão não está disponível do *site* do STF, mas pode ser encontrado na obra *Do Mandado de Segurança*, de Themístocles Brandão Cavalcanti, nas páginas 331-331.
[255]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 255.

autoridade, no qual constam a sentença e a ordem a ser cumprida, sendo que a expedição desse ofício é realizada sem que seja necessária manifestação do impetrante.[256]

Por ter essa característica, convencionou-se afirmar que a execução em mandado de segurança seria "por ofício", sem formalidades e sem a necessidade de instauração de um processo de execução, como afirma Alfredo Buzaid.[257] Othon Sidou defendeu que a sentença concessiva da segurança seria, por suas características peculiares, "auto-executória".[258]

Não há divergência nesse aspecto. Há apenas discussão a respeito da natureza jurídica desse ofício, se executória ou mandamental.[259]

Em razão de a expedição do mandado de segurança ter caído em desuso, na Lei 1.533/51 passou a constar apenas que, julgada procedente a demanda, a sentença deveria ser enviada, por ofício, à autoridade (art. 11). A Lei 12.016/09 manteve essa regra, apenas acrescentando, de forma condizente com a necessidade de se dar ciência do feito à pessoa jurídica interessada, que a sentença também seja enviada a essa pessoa jurídica (LMS, art. 13).

O primeiro ponto a ser ressaltado é que a intimação para cumprimento das demais decisões proferidas em processos de mandado de segurança é feita da mesma forma: basta

---

[256]- "*De que a comunicação da autoridade coatora da concessão da ordem deve ser feita tão logo a sentença seja proferida – e pelo método mais célere e seguro de que se possa dispor – não há dúvida. (...) Mesmo a doutrina que nega a existência das sentenças mandamentais como categoria diferenciada (ou autônoma) das condenatórias não deixa de reconhecer que há uma ordem na decisão concessiva do mandado de segurança. Ordem para que o direito do impetrante, afinal reconhecido pelo julgamento da ação, seja cumprido específica e imediatamente, sem solução de continuidade (isto é, independentemente de nova ação ou processo – de execução)*" (Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 140-141).

[257]- "*Esta execução é destituída de formalidades e consiste no ofício expedido pelo órgão judiciário à autoridade coatora, contendo o inteiro teor da sentença ou do acórdão. Execução por ofício? Sim. (...) O processo do mandado de segurança, pela natureza do direito que tutela, não precisa de mais atos que o ofício para a execução, pois a ordem, sobre reconhecer a liquidez e certeza do direito do impetrante, declara inválido o ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, determinando à autoridade coatora que cumpra a decisão.*" (Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual*, pp. 273-274).

[258]- "*A transmissão do inteiro têor da sentença, contendo o* mandatum de faciendo *ou* de non faciendo *obriga a autoridade administrativa como se em face de carta de sentença (art. 890 do C.P.C.). Não cabendo a execução aos oficiais do juízo, mas ao próprio destinatário da ordem interdital, a sentença faz-se, assim, auto-executória, vale por si mesma, independe de novo pedido da parte (art. 885).*" (J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, pp. 190-191).

[259]- V., por todos, Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 255-256.

o envio de um ofício à autoridade. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que mesmo a intimação da autoridade para a exibição de documento também deve ser feita por ofício.[260]

Em relação à exibição de documentos parece não haver maiores dúvidas, pois consta do §2º do artigo 6º da LMS que, quando os documentos estiverem em poder da autoridade, a ordem de exibição constará da notificação para prestar informações. No entanto, é fato que a LMS poderia ser mais clara a esse respeito. E poderia haver menção expressa também a respeito da forma de comunicação da concessão de medida liminar. Consta apenas menção à possibilidade de suspensão do ato impugnado (LMS, art. 7º, inc. III) e que, deferida a liminar, o processo terá prioridade para julgamento (LMS, art. 7º, §4º). Nada há a respeito da forma de comunicação da decisão que concede a liminar, seja para suspender o ato, seja para impedir sua prática ou, ainda, para determinar à autoridade que pratique determinado ato.

Existe outra omissão relevante na Lei 12.016/09. Em nenhum momento é mencionado expressamente que, no caso de determinação de prática de algum ato, o juiz deverá fixar prazo razoável para o cumprimento da decisão e que o prazo começa a correr na data de recebimento do ofício ou da notificação por parte da autoridade e não de sua juntada aos autos do processo.

Outra peculiaridade do mandado de segurança é que o envio de ofício à autoridade, seja em caso de deferimento de medida liminar ou de julgamento de procedência da demanda, é uma medida obrigatória, realizada *ex officio*, assim como ocorria durante a vigência da lei anterior (LMS, art. 13; Lei 1.533/51, art. 11). Não é preciso que o impetrante se manifeste, requerendo o cumprimento da decisão. Apenas em caso de descumprimento da decisão é que cabe ao impetrante manifestar-se.

Resolvidas essas questões, foi levantado outro problema a respeito do cumprimento das decisões que concedem liminares ou julgam procedentes mandados de segurança: as consequências do descumprimento da decisão. E, enquanto os dois primeiros problemas acima apontados (a possibilidade de execução forçada contra o Poder Público e a forma de cumprimento das decisões proferidas em processos de mandado de segurança) foram definitivamente solucionados, a discussão a respeito dessa terceira questão permaneceu até a entrada em vigor da Lei 12.016/09.

---

[260]- STJ, 2ª Turma, RMS 34.715-PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.08.2011.

3.5.1 Definição das consequências do descumprimento

Nesse aspecto houve claro avanço, pois o legislador resolveu a controvérsia, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, acerca das consequências do descumprimento de decisão que concede liminar em processo de mandado de segurança ou que julga procedente a demanda.

Nada havia a esse respeito na Constituição Federal de 1934. Na Lei 191/36, como exposto, previu-se que o descumprimento consistiria em crime de responsabilidade (no caso de se dar por representante de pessoa jurídica de direito público) ou de desobediência (no caso de se dar por representante de pessoa jurídica de direito privado). Essa previsão foi mantida no CPC de 1939. Embora pudesse existir alguma discussão a respeito da possibilidade de adoção de outras medidas para assegurar o cumprimento da decisão, para que o impetrante recebesse a prestação *in natura*, essas normas eram bastante claras a respeito das consequências penais do descumprimento de uma decisão proferida em processos de mandado de segurança.

Mas, problemas surgiram com a Lei 1.533/51, que deixou de prever consequências para o descumprimento dessas decisões. A partir de então, surgiram várias teorias a esse respeito.

Luís Eulálio de Bueno Vidigal afirmava que, em não sendo cumprida a ordem, a autoridade incidiria em falta funcional e em crime de responsabilidade, consoante o previsto na Lei 1.079/50. Ainda, defendia que o juiz que expediu a ordem deveria tomar as providências necessárias para garantir o resultado prático previsto na sentença concessiva da segurança.[261]

Celso Agrícola Barbi defendia a possibilidade de intervenção federal no Estado que descumprir a decisão e do Estado no Município que o fizer. Ressaltava, contudo, que se a autoridade que descumprisse a decisão fosse federal não há medida eficiente. Isso porque embora existisse a possibilidade de aplicação da Lei 1.079/50, essa lei apenas traz

[261]- Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da Imutabilidade dos Julgados que Concedem Mandado de Segurança*, pp. 128-130.

normas sobre a responsabilização do Presidente da República, dos ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, dos governadores e dos secretários de Estado, assim como dos prefeitos, em caso de descumprimento de decisões judiciais. Ainda, afirmava que os processos iniciados com base nessa lei enfrentavam uma série de obstáculos. Por essa razão, defendeu a volta da previsão expressa das consequências penais do descumprimento.[262]

Para Alfredo Buzaid, o descumprimento de decisão proferida em mandado de segurança por parte da autoridade caracterizaria crime de desobediência.[263]

Essa possibilidade, contudo, foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal em 1950, em julgamento de uma representação. Nesse julgamento decidiu-se que o crime de desobediência só diz respeito aos particulares, não sendo aplicável às autoridades.[264] Era, aliás, o que constava da Lei 191/36 e do CPC de 1939, como mencionado.

A partir de então o entendimento doutrinário a respeito da configuração desses crimes passou a ser pacífico. Cassio Scarpinella Bueno defende haver crime de desobediência quando houver descumprimento da decisão por parte de particular e crime de prevaricação quando houver descumprimento da decisão por parte de agente público.[265] No mesmo sentido se posiciona Sergio Ferraz, que defende, ainda, existir a possibilidade de intervenção, desde que, nesse último caso, o descumprimento não se dê por autoridade federal, evidentemente. Também afirma que haveria o descumprimento de um dever, incidindo o artigo 22 do Código Penal, e que se aplicaria o mesmo raciocínio constante da Lei da Ação Popular, que em seu artigo 8º alude ao crime de desobediência.[266] E Fernão Borba Franco acrescenta que o descumprimento dessas decisões configura também ato de improbidade administrativa.[267]

É interessante ressaltar que Alfredo Buzaid, Sergio Ferraz e Cassio Scarpinella Bueno defendem ser necessária a aplicação subsidiária do CPC aos processos de mandado de segurança (v. *infra*, item 3.6) mas que, no que toca às consequências do

---

[262]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, pp. 257-258.
[263]- Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual*, p. 274.
[264]- V., a esse respeito, Arruda Alvim, *Mandado de Segurança*, p. 356.
[265]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 142-143.
[266]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 355-357.
[267]- Fernão Borba Franco, *A Execução de Sentença 'Mandamental' e de Obrigação de Fazer: Possibilidade de Prisão Como Meio Coercitivo*, p. 358.

descumprimento de decisões proferidas em mandado de segurança e ainda sob a vigência da Lei 1.533/51, que não previa expressamente essas consequências, buscavam também consequências penais do descumprimento da decisão por parte da autoridade. Em outras palavras: nesse aspecto, em razão da lacuna existente na Lei 1.533/51, consideram aplicável, de forma subsidiária, o Código Penal.

A situação se agravou a partir de 2001, quando houve nova reforma do CPC. A Lei 10.358/01 incluiu o inciso V e o parágrafo único no artigo 14 do CPC, definindo, de forma clara, as consequências do descumprimento de decisões mandamentais. Passou a haver disposição legal expressa no sentido de que o descumprimento de decisões mandamentais, provisórias ou definitivas, constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeito a multa de até vinte por cento do valor da causa.

Na própria exposição de motivos do Projeto de Lei 3.475/00, que deu origem à Lei 10.358/01, consta que o intuito das alterações no artigo 14 do CPC foi o de "*robustecer a ética no processo*", inclusive a de terceiros, "*como a autoridade apontada como coatora no mandado de segurança*".

A menção específica aos "provimentos mandamentais" tem o claro intuito de deixar claro que o artigo 14 do CPC se aplica ao processo de mandado de segurança. Seja dentre os que consideram existente a categoria das sentenças mandamentais, seja dentre os que defendem o contrário, não haverá dúvida a respeito de quais são as sentenças às quais o inciso V do artigo 14 do CPC faz referência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que para a caracterização do crime de desobediência em razão do descumprimento de uma decisão judicial proferida em processo de mandado de segurança é necessário não apenas o descumprimento, mas também que esse descumprimento se dê de forma dolosa e, ainda, que não exista previsão de qualquer sanção específica para o caso de descumprimento.[268] Na mesma linha, foi consolidado o entendimento de que em havendo, na própria decisão, previsão de sanções de natureza civil, processual ou administrativa para a hipótese de descumprimento, não é possível a imposição de sanções penais. Há exceções somente nos casos em que exista previsão legal expressa de incidência de uma sanção penal específica

[268]- V., por todos, STJ, 6ª Turma, HC 115.504-SP, rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJ MG), j. 20.11.2008.

para o caso de descumprimento da decisão e também que é possível cumular essa sanção com as sanções de outra natureza.[269]

Em relação ao descumprimento, por parte de agentes públicos, de decisões proferidas em processos de mandado de segurança, embora em um primeiro momento tenha havido julgamentos que consideraram a conduta atípica,[270] acabou por se consolidar o entendimento de que essa conduta configurava crime de prevaricação.[271] O ponto central é a previsão no tipo penal da necessidade de a conduta ser praticada "*para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*" (CP, art. 319).

Tratando da possibilidade de configuração de crime de desobediência em caso de descumprimento de decisão proferida em mandado de segurança, Sergio Ferraz, apresentando como base para seu entendimento alguns acórdãos, afirma que o crime de desobediência não se configura quando há dúvida razoável no entendimento da ordem, seu cumprimento é impossível materialmente e quando a decisão é manifestamente nula.[272] Na realidade, o que se nota é que, nas duas primeiras hipóteses apresentadas não haveria dolo no descumprimento da decisão. Por essa razão, e pelo fato de o crime de desobediência não admitir conduta culposa, este não seria caracterizado.

A Lei 12.016/09 supriu a omissão existente na lei anterior, prevendo expressamente, em seu artigo 26, as consequências do descumprimento de decisões proferidas em processos de mandado de segurança. Assim, a autoridade que descumprir uma decisão que defere liminar em mandado de segurança ou que concede a segurança comete, em tese, crime de desobediência. As exceções são as autoridades elencadas na Lei 1.079/50, que cometem crime de responsabilidade.

Passou também a ser previsto expressamente que o não-cumprimento das mencionadas decisões pode igualmente gerar a aplicação de penalidades administrativas. Havendo previsão expressa nesse sentido, também previsão expressa da possibilidade de imposição de sanções penas e, em consonância com o entendimento do STJ, já exposto, é

---

[269]- V., por todos, STJ, 5ª Turma, HC 92.655-ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.12.2007. No julgamento desse *habeas corpus* considerou-se que a conduta do acusado era atípica por ter sido prevista a incidência de multa diária na decisão que foi descumprida, não sendo possível considerar que o descumprimento também geraria consequências penais.

[270]- Cf. Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, p. 277, esp. nota de rodapé n. 3.

[271]- V., por todos, STJ, 5ª Turma, RHC 12.780-MS, rel. Min. Felix Fischer, j. 27.05.2003.

[272]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 356.

possível que a autoridade seja penalizada duplamente em razão da mesma conduta, respondendo criminal e administrativamente por sua conduta.

Há divergência a respeito da efetividade da previsão de sanções criminais para o descumprimento. Medina e Araújo consideram que, em sendo constatado que uma decisão foi descumprida, o juiz que a proferiu pode ordenar a prisão da autoridade, pois haveria flagrante delito e, nesse caso, mesmo o juiz cível teria competência para determinar a prisão.[273] Sergio Ferraz também admite essa possibilidade, ressaltando que não há constrangimento ilegal quando o juiz que profere decisão em mandado de segurança determina seu cumprimento sob pena de prisão.[274] Desse modo, haveria consequências imediatas do descumprimento da decisão.

Mas a opinião predominante é em sentido contrário: a previsão de sanções criminais no artigo 26 da LMS não gera maiores consequências práticas do ponto de vista do cumprimento da decisão, não resolvendo esse problema.

Parte-se do pressuposto de que mesmo que o impetrante prove ter havido descumprimento da decisão judicial, o juiz que proferiu essa decisão não teria competência para decretar sua prisão. Deve apenas expedir ofício ao Ministério Público, solicitando a apuração da ocorrência de crime. Manifestam-se nesse sentido Vicente Greco Filho[275] e Luís Otávio Sequeira de Cerqueira.[276] Para Lucon, do ponto de vista prático a criminalização da conduta é inócua. Considera necessário que o juiz expeça ofício ao Ministério Público para que este apure a ocorrência de eventual crime, sendo preciso aguardar o término do processo criminal para que seja dado andamento ao cumprimento da decisão proferida em se de mandado de segurança. "*Sem falar que há o risco de a pena aplicada ser convertida em cestas básicas ou em prestação de serviços à comunidade, não solucionando a questão do cumprimento à ordem concedida no* writ.".[277]

---

[273]- José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei 12.016/09*, p. 230.
[274]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 357.
[275]- Vicente Greco Filho, *O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*, p. 62.
[276]- Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, p. 279.
[277]- Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Aspectos Polêmicos da Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/09*, p. 131.

Efetivamente, o fato de a pena prevista para o crime de desobediência ser de quinze dias a seis meses permite que haja sua conversão em penas restritivas de direitos (art. 76 da Lei 9.099/95), o que reduz consideravelmente o poder coercitivo da sanção.

3.5.2 Ausência de menção expressa às sanções processuais civis

É necessário ressaltar que, mesmo tendo havido previsão expressa de quais são as consequências penais e administrativas do descumprimento das decisões proferidas em mandados de segurança, cinco questões a esse respeito permanecem em aberto.

A primeira é se o tipo penal previsto no artigo 26 da LMS também se aplica a agentes públicos, que, como exposto, em tese não podem cometer crime de desobediência, mas apenas o de prevaricação.

A Lei 12.016/09 criou um tipo penal específico. Apesar de existir apenas referência ao artigo 330 do Código Penal, deve-se considerar que essa norma foi incorporada pela LMS, constando, em todos os seus termos, no artigo 26. Assim, o artigo 26 da LMS deve ser lido da seguinte forma: "Desobedecer a ordem legal proferida em processo de mandado de segurança: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa". Há exclusão expressa somente das autoridades mencionadas pela Lei 1.079/50.

A segunda é a possibilidade de imposição de sanções previstas no Código de Processo Civil para as hipóteses de descumprimento de decisões mandamentais (CPC, art. 14, inc. V) e de decisões que determinam o cumprimento de obrigações de fazer e de não-fazer em geral (CPC, art. 461).

Há entendimento amplamente majoritário no sentido de ser admissível a imposição dessas sanções. Sergio Ferraz admite tanto a imposição das sanções previstas no artigo 461 do CPC, inclusive a imposição de multa diária e a aplicação de seu parágrafo 5º, quanto, em caso de resistência ao cumprimento da decisão, a aplicação do inciso V do artigo 14 do CPC.[278] Cassio Scarpinella Bueno tem o mesmo entendimento.[279] E Luís

[278]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, pp. 358-359.

Otávio Sequeira de Cerqueira acrescenta que a resistência ao cumprimento da decisão é caso típico de litigância de má-fé, sendo possível a imposição das sanções previstas no artigo 18 do CPC.[280]

Já Fernão Borba Franco não considera admissível a imposição das sanções por *contempt of court* (CPC, art. 14, inc. V), mas defende ser possível a decretação de prisão da autoridade que descumprir decisão proferida em processo de mandado de segurança, com base no §5º do artigo 461 do CPC.[281]

A mesma questão se coloca a respeito do descumprimento de decisão proferida em processo de mandado de segurança e que determina a exibição de documentos (LMS, art. 6º, §§1º e 2º).

Embora não existam menções específicas a respeito das consequências do descumprimento desse tipo de decisão, o artigo 26 da LMS menciona que as sanções nele previstas são aplicáveis no caso de "*não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança*", sendo inequívoca a possibilidade de imposição dessas sanções também na hipótese de descumprimento de decisão que determina a exibição de documentos.

Mas há entendimento jurisprudencial pacífico no sentido de não ser possível a imposição de multa diária para a exibição de documentos (STJ, súmula 372). A regra é que, em não sendo exibidos os documentos, se aplica o artigo 359 do CPC, presumindo-se verdadeiros os fatos que se pretendia provar com a exibição. Contudo, essa penalidade não pode ser imposta nos processos de mandado de segurança. Aliás, não há nem mesmo efeitos da revelia em mandado de segurança.

É possível, contudo, a imposição de sanção por *contempt of court* (CPC, art. 14, inc. V) e a determinação de busca e apreensão do documento. São as formas mais eficazes para se garantir o cumprimento da decisão. Caso seja possível apenas a imposição de sanções de natureza penal e administrativa será retirada toda a celeridade do processo de mandado de segurança. E, ainda, será aberta a possibilidade à autoridade coatora de agir de má-fé: o descumprimento da decisão de exibição de documentos poderá ser usado pela

---

[279]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, p. 142.
[280]- Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, *Litigância de Má-fé em Mandado de Segurança*, pp. 517-518.
[281]- Fernão Borba Franco, *A Execução de Sentença Mandamental e de Obrigação de Fazer*, pp. 365-366.

autoridade coatora para tentar forçar uma conclusão a respeito da necessidade de dilação probatória no processo.

Isso porque apesar de constar do §1º do artigo 6º da LMS que a exibição do documento será determinada "preliminarmente", nada impede que a autoridade coatora, instada a apresentar o documento, já apresente suas informações – e sem esse documento. Nessa hipótese, é indispensável a abertura de prazo para apresentação de réplica. Do contrário, os passos seguintes à apresentação das informações seriam a remessa dos autos ao Ministério Público e, em seguida, o proferimento de sentença. E, por não estarem provados todos os fatos alegados na petição inicial – tanto que foi solicitada a apresentação de documentos –, haveria denegação da segurança por ausência de "direito líquido e certo", ou seja, por falta de provas dos fatos alegados na inicial.

Para contornar essa situação o julgador teria de abrir prazo para manifestação do impetrante ou, de ofício, insistir na determinação de exibição do documento. Mas o processo ficaria paralisado até que a ordem fosse cumprida. É indispensável, então, que se admita a possibilidade de busca e apreensão do documento.

A terceira questão é a possibilidade de cumulação das sanções previstas nos artigos 14, inciso V, e 461 do CPC com as sanções previstas no artigo 26 da LMS.

Havendo entendimento pacífico do STJ a respeito da impossibilidade de imposição de sanção penal quando é prevista sanção, na decisão a ser cumprida, sanção de outra natureza para o caso de descumprimento, não parece possível que as sanções penais previstas no artigo 26 da LMS sejam combinadas e aplicadas concomitantemente com as previstas no CPC.

Portanto, cabe ao magistrado que ordenar o cumprimento da decisão fazer uma escolha. Caso não conste, expressamente, da decisão a ser cumprida qualquer sanção para a hipótese de seu descumprimento, ou sendo mencionadas expressamente as sanções previstas no artigo 26 da Lei 12.016/09, somente estas serão aplicáveis. Mas caso conste expressamente a possibilidade de aplicação de quaisquer sanções de natureza processual civil automaticamente estará afastada a possibilidade de o descumprimento configurar crime de desobediência ou de responsabilidade. É possível, contudo, que sanções processuais sejam cumuladas com sanções administrativas.

A quarta questão é a quem as sanções processuais civis podem ser impostas, se à autoridade ou à pessoa jurídica interessada na causa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é cabível a imposição de multa diária contra a Fazenda Pública para a hipótese de descumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer, inclusive quando essa obrigação decorre de decisão proferida em processo de mandado de segurança.[282]

Ainda: nesse caso, a multa é imposta à pessoa jurídica interessada, e não à autoridade. Para chegar a esse entendimento, o STJ teve de adotar uma posição a respeito de quem é o réu no processo de mandado de segurança, pois considerou que a imposição da multa diária prevista no artigo 461 do CPC somente é possível a quem é réu no processo. E, considerando que o ato da autoridade impugnado por meio de mandado de segurança é na realidade ato da pessoa jurídica à qual a autoridade está vinculada, considerou que a pessoa jurídica é a ré no processo de mandado de segurança, de forma que a multa diária incide contra ela em caso de descumprimento da decisão.[283]

Posição contrária é adotada por Cassio Scarpinella Bueno, que defende que "*é a própria autoridade coatora, dado seu papel de elo de ligação entre o réu do mandado de segurança e o juízo, que deve, pessoalmente, ser responsabilizada pelo não-cumprimento*" das decisões proferidas em processos de mandado de segurança.[284]

Vista a questão pelo ponto de vista da efetividade da decisão, realmente é mais adequado que a imposição dessas sanções seja feita diretamente à autoridade e não à pessoa jurídica interessada.

E, por fim, a quinta questão é o que ocorre se, mesmo com a prisão da autoridade ou com a aplicação das sanções cabíveis (o que pode demorar algum tempo) a decisão não for cumprida. A solução também é dada por Cassio Scarpinella Bueno, que defende uma interpretação ampla do artigo 466-A do CPC, para permitir ao juiz que substitua a manifestação de vontade da autoridade pela sua.[285] É possível, também, que a ordem passe

---

[282]- V., por todos, STJ, 3ª Seção, AgRg na ExeMS 10.660-DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.09.2012.
[283]- Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp. 747.371-DF, rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.04.2010.
[284]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, p. 142.
[285]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 142-143.

a ser dirigida ao superior hierárquico da autoridade, desde que este tenha competência para realizar o ato.

3.6 Menção expressa à aplicabilidade de artigos existentes no CPC

Na Lei 1.533/51 havia poucas menções a artigos do Código de Processo Civil que seriam aplicáveis ao processo de mandado de segurança. Mencionava-se que a petição inicial deveria preencher os requisitos constantes dos artigos 158 e 159 do CPC de 1939 (art. 6º, *caput*) e que se aplicavam os artigos do CPC de 1939 que tratavam do litisconsórcio (art. 19), sem fazer menção expressa a quais seriam esses artigos.[286]

A atual lei do mandado de segurança contém uma quantidade maior de referências ao CPC. Há menção expressa à aplicabilidade do artigo 267 do CPC, que trata da extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 6º, §5º), às normas que tratam do agravo de instrumento, embora não tenham sido mencionados expressamente os artigos aplicáveis (art. 7º, §1º), e à extensão das hipóteses de vedação à concessão de liminares aos artigos 273 e 461 do CPC às (art. 7º, §5º).

Essa inexplicável diferença de técnica legislativa – em duas vezes são mencionados expressamente os artigos de lei aplicáveis, mas em outra apenas mencionado genericamente que será "*observado o disposto na Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil*" – se repete nos artigos da LMS que correspondem aos artigos 6º e 19 da Lei 1.533/51.

Como exposto, no artigo 6º da Lei 1.533/51 havia menção expressa aos artigos de lei aplicáveis. Esse artigo corresponde ao artigo 6º da LMS. E nesse artigo passou a existir uma menção genérica à necessidade de a petição inicial "*preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual*". Já com o artigo 19 da Lei 1.533/51 ocorreu o contrário. Anteriormente havia menção genérica à aplicabilidade dos artigos do CPC que regulam o

[286]- Reitere-se que essa incoerência na técnica legislativa decorreu da alteração da redação do artigo 19 da Lei 1.533/51 realizada pela Lei 6.071/64, pois a redação original desse artigo era "*Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os arts. 88 a 94 do Código de Processo Civil*", justamente os artigos do CPC de 39 que tratavam do litisconsórcio (v. *supra*, item 2.2).

litisconsórcio, mas na norma atual (o artigo 24 da LMS) há menção específica à aplicação dos artigos 46 a 49 do CPC de 1973.

Demonstradas as diferenças entre as duas leis, a questão que se coloca é se a menção expressa à aplicabilidade do Código de Processo Civil aos processos de mandados de segurança e, ainda, se a menção a artigos específicos desse diploma é positiva ou negativa e, por consequência, se o aumento dessas menções na Lei 12.016/09 consiste em um avanço ou em um retrocesso.

E são muito comuns as críticas à menção expressa a artigos do CPC tanto na Lei 1.533/51 quanto na Lei 12.016/09.

Cassio Scarpinella Bueno classifica a menção expressa a artigos do CPC como "*incompreensível nos dias de hoje*", afirmando que a existência dessas menções abre espaço para a interpretação de que somente os artigos expressamente mencionados é que seriam aplicáveis, excluindo-se todos os demais. Em seu entendimento, a referência à aplicabilidade dos artigos 46 a 49 do CPC tem razões meramente históricas, pois antes da Lei 1.533/51 muito se discutiu sobre a possibilidade de haver assistência e litisconsórcio em mandado de segurança.[287]

No mesmo sentido é a opinião de José Miguel Garcia Medina e de Fábio Caldas de Araújo, que ainda consideram que a menção expressa a alguns artigos do CPC é prejudicial, pois torna possível a interpretação de não serem aplicáveis os artigos não mencionados expressamente.[288]

Esse, aliás, era exatamente um dos argumentos utilizados pelos defensores da inaplicabilidade subsidiária das normas do CPC aos processos de mandado de segurança (v. *infra*, item 3.6). E, consequentemente, essa é a principal razão para que, de uma forma geral, seja criticada a menção expressa a alguns dos artigos do Código de Processo Civil que são aplicáveis aos processos de mandado de segurança.

A despeito de existir posicionamento doutrinário pacífico nesse sentido, o que será demonstrado nos tópicos seguintes é a existência de referência expressa a alguns dos

---

[287]- Cassio Scarpinella Bueno, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, pp. 145-146.
[288]- José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, p. 219.

artigos do CPC é positiva, sendo que o aumento dessas menções na Lei 12.016/09 consistiu em um avanço.

3.6.1 A aplicação subsidiária do CPC

É muito frequente a afirmação de que o Código de Processo Civil se aplica de forma subsidiária aos processos de mandado de segurança nos pontos em que a lei do mandado de segurança for omissa. Podem ser mencionados como exemplos desse posicionamento Alfredo Buzaid,[289] José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo[290], Cassio Scarpinella Bueno,[291] Hely Lopes Meirelles,[292] Pedro da Silva Dinamarco,[293] Eduardo Arruda Alvim,[294] Humberto Theodoro Júnior[295] e José Antonio Remédio,[296] apenas para citar alguns. Sergio Ferraz é bastante incisivo a esse respeito, afirmando ser impossível o processamento de um mandado de segurança sem que haja aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.[297]

A posição contrária, de que somente os artigos do CPC expressamente mencionados na lei do mandado de segurança seriam aplicáveis aos processos de mandado de segurança, não é encontrada dentre os juristas contemporâneos. Mas basicamente se defendia que o artigo 20 da Lei 1.533/51, ao revogar "*os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto*", afastou a aplicação subsidiária desse diploma. A Lei 1.533/51 seria então autossuficiente.[298]

---

[289]- Alfredo Buzaid, *Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual*, pp. 260-261.
[290]- José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, p. 219.
[291]- Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 214-215.
[292]- Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, p. 35.
[293]- Pedro da Silva Dinamarco, *A Sentença e seus Desdobramentos no Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, pp. 694-695.
[294]- Eduardo Arruda Alvim, *Mandado de Segurança no Direito Tributário*, p. 223.
[295]- Humberto Theodoro Júnior, *O Mandado de Segurança Segundo a Lei n. 12.016/09, de 07 de Agosto de 2009*, p. 63.
[296]- José Antonio Remédio, *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, pp. 343-345.
[297]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 57.
[298]- Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 213-214.

Já para a defesa da aplicação subsidiária do CPC nos casos em que a lei do mandado de segurança é omissa são apresentados dois argumentos: primeiro, a lei do mandado de segurança (seja a anterior, seja a atual) não possui normas que regulamentem todos os atos processuais que devem ser praticados; segundo, o processo de mandado de segurança segue um rito especial, de forma que, por força do disposto no parágrafo único do artigo 272 do CPC, aplicam-se de forma subsidiária as normas que tratam do procedimento ordinário.

O segundo argumento é um falso silogismo. O argumento é tautológico: o CPC se aplica porque se aplica o parágrafo único do artigo 272 do CPC. Utiliza-se uma norma existente no Código de Processo Civil, que evidentemente só se aplica caso se considere que o CPC tem aplicação subsidiária, para fundamentar a aplicação subsidiária do CPC. Essa afirmação nada explica e não justifica a aplicação subsidiária das normas existentes no Código de Processo Civil aos processos de mandado de segurança.

Mas ao se analisar o primeiro argumento, de ser necessária a aplicação subsidiária do CPC ao processo de mandado de segurança em razão das lacunas existentes nas leis que o regulamentaram e o regulamentam, verifica-se que a situação é diferente. Não há na LMS e não havia nas leis por ela revogadas normas a respeito de diversos temas que são tratados nos processos de mandado de segurança.

A título de exemplo, consta do artigo 4º da Lei 1.533/51 e do artigo 4º da LMS que a impetração de mandado de segurança em caso de urgência deve ser feita "ao juiz competente", mas não há definição do que seria urgência nem menção aos critérios para a definição da competência[299] (no artigo 2º da LMS consta apenas o critério legal para distinguir as autoridades coatoras federais das estaduais, sem menção aos critérios definidores de competência). Nos artigos 6º, §1º, e 7º, inciso I, da LMS, há menção a prazos, mas não consta como são contados. No artigo 14 da LMS se estabelece o cabimento de apelação contra a sentença que julga o mandado de segurança, mas não há na Lei 1.533/51 os requisitos da sentença, menção ao prazo para a interposição da apelação, à

[299]- Nota-se, nesse artigo, um claro equívoco. O mandado de segurança, como qualquer outra ação, deve ser impetrado perante o juiz competente. A única exceção, tanto para o mandado de segurança quanto para as outras ações, ocorre quando há urgência. Nesses casos, para evitar a ocorrência do dano, a propositura da demanda pode ser realizada perante qualquer juiz, que terá competência para decidir a questão urgente. Em seguida será determinada a distribuição da ação. Da forma como está redigido, o artigo 4º da Lei 1.533/51 dá a entender que mesmo em caso de urgência o impetrante só poderia propor a ação de mandado de segurança perante o juiz competente, o que poderia levar ao perecimento do direito ou à concretização do dano.

necessidade de recolhimento de custas de preparo ou de porte de remessa e retorno dos autos e muito menos aos requisitos formais desse recurso. E no §3º desse mesmo artigo afirma-se ser possível a execução provisória da sentença que julgar procedente a demanda, mas não há qualquer regra sobre como se realiza a execução provisória.

Há, portanto, efetivamente lacunas que devem ser preenchidas para que seja possível processar e julgar mandados de segurança.

A única ressalva que costuma ser feita é que somente são aplicáveis subsidiariamente as normas compatíveis com o rito do mandado de segurança.

A alteração do projeto de lei convertido na Lei 12.016/09 que foi proposta pela emenda número 11 tinha justamente o objetivo de positivar esse entendimento. Propunha-se a alteração da redação do artigo 24 do projeto de lei (que prevê a aplicação ao processo de mandado de segurança dos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil) para que passasse a ser a seguinte: "*Aplica-se ao processo do mandado de segurança, no que não conflitar com as regras desta Lei e com sua natureza, o Código de Processo Civil*". Acolhiam-se, nesse aspecto, as manifestações doutrinárias acerca da aplicação subsidiária do CPC ao processo de mandado de segurança.

Contudo, não parece que essa alteração teria algum efeito prático. A primeira norma contida nessa proposta de alteração é de interpretação simples. Afirmar que o CPC se aplica "*no que não conflitar com as regras desta Lei*" é o mesmo que dizer que o CPC se aplica de forma subsidiária, apenas para preencher as lacunas da LMS. Mas a segunda norma geraria problemas, pois não é tarefa simples definir quais normas são e quais não são compatíveis com a natureza do mandado de segurança.

Na realidade, essa regra, apesar de não estar escrita, vem sendo, há muito, seguida. Enquanto o mandado de segurança foi regulamentado pelo CPC de 1939 não havia maiores problemas: aplicavam-se as demais normas constantes do CPC. A questão surgiu a partir da entrada em vigor da Lei 1.533/51. Como essa lei não continha todas as normas necessárias para o processamento e o julgamento de mandados de segurança, sempre foi necessária a busca de normas complementares. E o critério interpretativo que passou a ser utilizado foi exatamente a compatibilidade da norma a ser aplicada com o rito e com a natureza do mandado de segurança.

Todavia, a despeito de existir consenso de que esse é o critério interpretativo a ser utilizado, algumas discussões permaneceram por décadas.

Para ilustrar esse problema, basta lembrar as divergências a respeito da possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere medida liminar em mandado de segurança.

Havia divergência doutrinária a esse respeito. Posicionavam-se de modo favorável à possibilidade de interposição de agravo de instrumento Lúcia Valle Figueiredo,[300] Cassio Scarpinella Bueno[301] e Sergio Ferraz, que cita diversos outros juristas que se manifestaram sobre o tema, alguns defendendo ser cabível agravo de instrumento e outros defendendo o contrário.[302] Já em sentido contrário posicionavam-se Celso Agrícola Barbi,[303] Hely Lopes Meirelles[304] e Carlos Alberto Menezes Direito,[305] sendo necessário ressaltar que, em edições posteriores de suas obras, Celso Agrícola Barbi e Hely Lopes Meirelles mudaram de opinião, passando a considerar cabível agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere liminar.[306]

Uma das discussões a esse respeito era exatamente a adequação do agravo de instrumento ao procedimento e à natureza do mandado de segurança.[307]

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça também havia divergência a esse respeito, havendo julgados nos dois sentidos.[308] A situação começou a se alterar com a entrada em vigor da Lei 9.319/95, que alterou a disciplina do agravo. A interposição passou a ser realizada diretamente no tribunal competente para julgamento do recurso,

---

[300]- Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de Segurança*, p. 63.
[301]- Cassio Scapinella Bueno, *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, pp. 106-107.
[302]- Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 333.
[303]- "*Da mesma forma que a denegação da liminar, também a recusa à prorrogação do prazo de sua vigência não comporta recurso, por ser ato discricionário do juiz*" (Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 4ª Edição, p. 215).
[304]- "*Negada a liminar, esse despacho é irrecorrível*" (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, 20ª Edição, p. 77).
[305]- Carlos Alberto Menezes Direito, *Manual do Mandado de Segurança*, p. 153.
[306]- V., respectivamente, Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 11ª Edição, pp. 168-169, e Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, 30ª Edição, p. 107.
[307]- Sobre os argumentos utilizados pelas duas correntes de pensamento, v. por todos, Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *O Mandado de Segurança na Disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009*, pp. 196-200.
[308]- Considerando incabível agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança: STJ, 1ª Turma, RMS 4.715-PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.10.1994. Nesse julgamento é possível verificar-se a divergência, pois dois ministros divergiram do relator, considerando cabível o agravo de instrumento.

sendo o instrumento formado pelo próprio recorrente. Essa alteração fez com que o recurso ganhasse em celeridade, eliminando a tramitação burocrática que existia em primeira instância.

Isso porque o CPC de 1973, a princípio, manteve a forma de interposição de agravo de instrumento constante do CPC de 1939. Assim, o recurso de agravo era interposto em primeira instância, por meio de petição, na qual eram indicadas as peças processuais que deveriam ser trasladadas para a segunda instância. Recebido o agravo, era então aberto prazo para que o agravado se manifestasse, também indicando as peças processuais que deveriam ser trasladadas. Em seguida cabia à própria serventia judicial a extração de cópias da peças indicadas pelas partes, a formação do instrumento e o seu envio para a segunda instância. O procedimento, como se nota, era lento e burocrático.

A partir de então se tornaram mais frequentes os julgados que admitiam a interposição de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, pois o procedimento desse recurso deixou de ser tão lento.[309] Entretanto, anos depois da entrada em vigor da Lei 9.319/95 ainda havia acórdãos em sentido contrário,[310] a ponto de em acórdãos do STJ sobre o tema mencionar-se que a divergência jurisprudencial, dentro da própria Corte Superior, era notória, apesar de existir entendimento majoritário no sentido de ser cabível agravo de instrumento.[311]

Finalmente, em 2005, foram julgados embargos de divergência a respeito do tema. A Corte Especial do STJ, por 10 votos a 6, considerou cabível agravo de instrumento

---

[309]- "*Mandado de Segurança. Agravo de Instrumento. Antes da Lei n. 9.139, de 1995, o agravo de instrumento só podia ser interposto, no mandado de segurança, contra decisão que deixasse de receber a apelação; no mais, implicaria em atrasar o procedimento, sabido que o tempo de formação do agravo, ainda que observados rigorosamente todos os prazos processuais, é inconciliável com a presteza que o artigo 17 da Lei n. 1.533, de 1951, recomenda para o julgamento do mandado de segurança. Recurso ordinário provido.*" (STJ, 2ª Turma, RMS 6.510-MG, rel. MIn. Ari Pargendler, j. 15.04.1996, votação unânime). No mesmo sentido, em anos posteriores: STJ, 2ª Turma, RMS 8.810-AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 20.08.1998; STJ, 1ª Turma, REsp 213.716-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 10.08.1999.

[310]- Negando o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, mesmo após a Lei 9.139/1995: STJ, 5ª Turma, REsp 213.621-RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.10.1999; STJ, 5ª Turma, REsp 227.190-ES, rel. MIn. José Arnaldo da Fonseca, j. 08.08.2000; STJ, 1ª Turma, REsp. 168.845-MG, rel. p/ acórdão Min. Demócrito Reinaldo , j. 08.06.1998.

[311]- "*MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR INDEFERIDA - INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - CABIMENTO - PRECEDENTES DO STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. Prevalece o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de que desafia agravo de instrumento a decisão que indefere a liminar nos autos de mandado de segurança. Precedentes*" (STJ, 2ª Turma, REsp 258.131-SP, rel. Min. Franciulli Neto, j. 18.03.2004).

contra decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança, pacificando a questão dentro do Superior Tribunal de Justiça.[312]

Mas mesmo com esse julgamento continuou a existir divergência sobre esse tema nos tribunais locais. Assim, em novembro de 2009, alguns meses depois de ter entrado em vigor a Lei 12.016/09, a Corte Especial do STJ julgou um recurso especial, submetido ao regime dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), também decidindo que cabe agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere medida liminar em processo de mandado de segurança.[313]

É interessante notar que esse julgamento ocorreu depois que entrou em vigor a Lei 12.016/09. Como consta expressamente de seu artigo 7º, §1º, que cabe agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere medida liminar em primeira instância, não havendo mais dúvida a esse respeito. Trata-se de uma menção ao CPC que é evidentemente benéfica – um avanço em relação à lei anterior –, como demonstra o histórico da discussão a esse respeito. O grande problema é que a discussão se prolongou por tempo superior à vigência da Lei 1.533/51 – quase 58 anos. A discussão sobre o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere liminar foi realmente pacificada apenas quando essa lei não mais estava em vigor.

A análise da evolução do entendimento sobre esse tema mostra claramente que a questão foi resolvida sob o ponto de vista da adequação do agravo de instrumento ao procedimento e à natureza do mandado de segurança. Tanto é que a Lei 1.533/51 não foi alterada a esse respeito. Foi a alteração do regime do agravo de instrumento no CPC, para tornar sua tramitação mais célere, que reduziu drasticamente a divergência sobre seu cabimento em processos de mandado de segurança.

O que se pretende salientar é que há muito já existe regra não escrita a respeito da necessidade de se buscar a natureza e o procedimento do mandado de segurança para se concluir sobre a possibilidade de aplicação subsidiária de qualquer norma aos processos de

---

[312]- Foram vários os argumentos apresentados para justificar esse cabimento. Dentre eles, afirmou-se que a concessão de liminares não é uma liberalidade do julgador, mas sim um direito do impetrando do mandado de segurança; que o CPC se aplica de forma subsidiária nos processos de mandado de segurança, de forma que cabe agravo de instrumento contra essa decisão, que tem natureza interlocutória; e que a partir da Lei 9.139/95 a interposição de agravo de instrumento não mais tumultua ou atraso o processo de mandado de segurança (STJ, Corte Especial, EREsp 471.513-MG, rel. p/ acórdão Min. Gilson Dipp, j. 02.02.2005).

[313]- STJ, Corte Especial, REsp. 1.101.740-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.11.2009.

mandado de segurança, mas que, por se tratar de uma regra aberta, sua incidência não resolve automaticamente todos os problemas a esse respeito.

Consequentemente, embora a positivação dessa regra seja benéfica, já que será muito mais simples encontrá-la, mesmo que essa positivação ocorra ainda seria necessário um grande esforço interpretativo para se decidir sobre a aplicação de determinada norma do CPC aos processos de mandados de segurança. Outras dificuldades a esse respeito serão levantadas em um dos tópicos seguintes (v. *infra*, item 3.6).

De toda sorte, é fora de dúvida que é necessária a aplicação de normas que não se encontram na LMS para que seja possível processar e julgar um mandado de segurança. Não há como se considerar que a Lei 12.016/09 é autossuficiente, pelas razões já expostas.

Mas mesmo estabelecida essa premissa outra questão se coloca: por que se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil? Por que não outro diploma legislativo, como o Código de Processo Penal?

A resposta é dada por Hely Lopes Meirelles. Ao discorrer sobre a natureza jurídica do mandado de segurança e concluir que se trata de uma ação civil (filiando-se ao entendimento praticamente uníssono a esse respeito), afirma que, por essa razão, independentemente da *"origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista etc.), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente."*.[314]

Trata-se da posição amplamente majoritária em sede doutrinária. E é muito comum a citação de um julgamento realizado em 1977 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se decidiu, expressamente, que o mandado de segurança é uma ação civil mesmo quando impetrado contra ato de juiz criminal e praticado em processo penal.[315]

A conclusão a que chegam esses juristas é que o mandado de segurança tem natureza jurídica de ação civil e tem um procedimento especial, próprio. Consequentemente, aplica-se de forma subsidiária, no que a LMS for omissa, o Código de Processo Civil (aplicável às ações civis em geral), sendo necessário apenas verificar a adequação da norma a ser aplicada ao procedimento especial do mandado de segurança.

---

[314]- Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, p. 35.
[315]- STF, 2ª Turma, RE 85.278-SP, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 23.08.1977.

Mas há um problema na premissa maior desse raciocínio. A discussão sobre a natureza jurídica de ação do mandado de segurança é antiga e foi travada em detalhes. Há diversos argumentos para defender que se trata de uma ação, sendo esse o entendimento dominante (v. *supra*, item 2.1). Mas raramente se explica a razão de se considerar que se trata – sempre – de uma ação de natureza civil.

3.6.2 Mandado de segurança em matéria penal, eleitoral, trabalhista e militar: legislação processual aplicável

Como exposto, a discussão a respeito da aplicação subsidiária do CPC aos processos de mandado de segurança tem fundamento na natureza jurídica desse remédio. No entanto, mesmo que se considere o CPC aplicável de forma subsidiária a esses processos, não haverá aplicação automática: é necessário averiguar a compatibilidade da norma a ser aplicada com o procedimento e a natureza do mandado de segurança. Daí ser útil a menção expressa à aplicabilidade de artigos do CPC e ter sido um avanço o aumento das menções nesse sentido que são feitas na LMS.

Não apenas a utilidade como a necessidade de menção expressa aos artigos do CPC aplicáveis ao mandado de segurança ficam muito mais claras ao se analisar a legislação processual aplicável a mandados de segurança que versam sobre direito penal, eleitoral e trabalhista.

A despeito de em 1977 o STF ter decidido que se aplicaria o CPC mesmo em mandado de segurança contra ato de juiz criminal praticado em processo penal, esse entendimento foi superado. Atualmente a jurisprudência dos tribunais superiores – inclusive do STF – é em sentido contrário.

O Supremo Tribunal Federal, em 1996, decidiu que é de três dias o prazo para a interposição de recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, aplicando-se o artigo 281 do Código Eleitoral, por se tratar de lei especial e que possui norma específica a respeito do prazo para recorrer.[316] Assim, em razão da matéria em discussão

[316]- STF, 1ª Turma, AgRg no RMS 22.470-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 11.06.1996.

no processo de mandado de segurança, o STF afastou a aplicação do artigo 508 do Código de Processo Civil.

A orientação do Tribunal Superior Eleitoral é no mesmo sentido. Sua jurisprudência é pacífica no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança que versa sobre matéria eleitoral, o prazo para recorrer (especificamente, o prazo para interpor apelação) é o previsto no Código Eleitoral e não o que consta do CPC. Assim é que a apelação em processos de mandado de segurança que tratem de matéria eleitoral deve ser interposta em três dias, aplicando-se o artigo 258 do Código Eleitoral e não o artigo 508 do CPC.

Em matéria militar, o entendimento é o mesmo. Em 2011, o STF decidiu que, em mandado de segurança que versa sobre direito penal militar, o prazo para interpor apelação é de cinco dias, consoante o disposto no artigo 529 do Código de Processo Penal Militar, e não de quinze dias, como disposto no CPC.[317]

A mesma conclusão se dá quando da análise de mandados de segurança que versam sobre direito do trabalho. Não há recurso de decisão interlocutória na Justiça do Trabalho (CLT, art. 893, §1º), de forma que a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal é muito mais frequente. Além disso, como exposto, a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de mandados de segurança é definida *ratione materiae*, de forma que sempre haverá discussão a respeito de direito material ou processual do trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, em diversas oportunidades, decidiu que aos processos de mandado de segurança se aplicam as normas da Consolidação das Leis do Trabalho. Somente de forma subsidiária à CLT, no que com ela não conflitarem, é que são aplicáveis artigos do Código de Processo Civil. Ou seja: é a aplicação do artigo 769 da CLT aos processos de mandado de segurança que determina a aplicação subsidiária do CPC.

Com base nessa orientação o TST aplicava aos processos de mandado de segurança o artigo 830 da CLT, exigindo que os documentos que instruíam a petição

[317]- STF, 2ª Turma, RMS 28.686-PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.12.2011.

inicial do mandado de segurança fossem originais ou cópias autenticadas.[318] Nos casos em a petição inicial era instruída apenas com cópias simples o TST considerava esses documentos inexistentes, não apreciando o mérito do mandado de segurança.[319] Havia um conflito entre o artigo 830 da CLT, que estabelecia que documentos só seriam considerados como prova se fossem originais ou cópias autenticadas, e o artigo 365, inciso IV, do CPC, que estabelece fazerem a mesma prova que os originais as cópias de processos declaradas autênticas pelo próprio advogado. E o TST decidiu pela prevalência da CLT, mesmo em se tratando de mandado de segurança.

Talvez ainda mais relevante seja o entendimento a respeito da legislação processual aplicável de forma subsidiária a mandados de segurança que tratam de direito penal ou processual penal, pois o julgamento dessas causas é feito pela Justiça Comum.

No Superior Tribunal de Justiça é sua 3ª Seção que tem competência para o julgamento de causas que tenham por conteúdo direito penal e, por consequência, também para o julgamento de mandados de segurança que versam sobre matéria penal. E, em diversos julgamentos, a 3ª Seção do STJ decidiu que, em se tratando de mandado de segurança impetrado em processo penal, aplicam-se subsidiariamente as normas do Código de Processo Penal e não do Código de Processo Civil. Por consequência, decidiu-se que o prazo para a oposição de embargos de declaração é de dois dias, consoante o disposto no artigo 619 do CPP, e não de cinco dias, não se aplicando o artigo 536 do CPC.[320]

Em sendo considerados corretos esses posicionamentos, a conclusão será a de que parte da natureza jurídica do mandado de segurança se altera conforme a natureza do direito que nele for discutido. O mandado de segurança terá natureza jurídica de ação penal caso verse sobre direito penal ou processual penal; de ação eleitoral, caso verse sobre direito eleitoral ou direito processual eleitoral; de ação penal militar, caso verse sobre direito penal militar ou processual penal militar; e de ação trabalhista, caso verse sobre

---

[318]- CLT, artigo 830, com sua redação anterior: "*O documento oferecido para prova só será aceito se estiver no original ou em certidão autêntica, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o juiz ou Tribunal.*". Esse artigo foi alterado pela Lei 11.925/2009, passando a ser possível ao advogado declarar autênticas as cópias simples de documentos apresentados como prova.

[319]- V., por todos, TST, SBDI-II, ROAG 1922/2007-000-15-00.7, j. 03.02.2009.

[320]- "*Tratando-se de matéria criminal, os embargos de declaração devem ser opostos no prazo de 2 dias, consoante o disposto no art. 619 do CPP e art. 263 do RISTJ*" (STJ, 5ª Turma, EDcl nos EDcl no RMS 28.627-RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. 02.02.2012). No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 12.179-SC, rel. Min. Og Fernandes, j. 16.08.2012, com citação de precedentes a esse respeito, e STJ, 6ª Turma, EDcl no RMS 15.333-SC, rel. Min. Paulo Medina, j. 17.02.2004.

direito do trabalho ou direito processual do trabalho. Somente terá natureza jurídica de ação civil nos demais casos (a definição é feita por exclusão).

Na realidade, trata-se do mesmo raciocínio utilizado para se chegar à conclusão a respeito de outro ponto da natureza jurídica do mandado de segurança. Como exposto, atualmente o entendimento majoritário é no sentido de que o mandado de segurança poderá ser uma ação de natureza meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, dependendo de seu conteúdo (v. *supra*, item 2.1). O mesmo raciocínio se impõe à definição do mandado de segurança como ação civil ou não-civil.

E realmente esse é o entendimento mais correto. Definir a natureza jurídica de remédio jurídico é encontrar sua essência; e a utilidade de fazê-lo é definir quais são os diplomas legais e princípios que a ele são aplicáveis. O entendimento doutrinário a esse respeito é pacífico. De Plácido e Silva afirma que "*natureza jurídica é a essência, a substância ou a compleição das coisas*".[321] Maria Helena Diniz defende que a natureza jurídica é "*afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação*".[322] E José Cretella Júnior menciona, citando terceiros, que "*determinar a natureza jurídica de um instituto é fixar-lhe o lugar exato no sistema de direito a que pertence*" [323].

Sendo claro que buscar a natureza jurídica do mandado de segurança é encontrar a sua essência, a definição da natureza jurídica do mandado de segurança deve ser feita por meio do conteúdo desse remédio, e não por sua forma.

Por consequência, é correto afirmar que o mandado de segurança tem, sempre, natureza jurídica de ação. E também que os demais pontos de sua natureza serão definidos de acordo com seu conteúdo: se consiste em ação declaratória, constitutiva ou condenatória; e se consiste em ação civil, penal, trabalhista, eleitoral ou militar.

Em decorrência dessa conclusão, a legislação processual aplicável de forma subsidiária aos processos de mandado de segurança dependerá de sua natureza jurídica. Poderá ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil, mas também o Código

---

[321]- De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico, vol. 3*, p. 55.
[322]- Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*, p. 30.
[323]- José Cretella Júnior, *Comentários às leis do mandado de segurança*, p. 21.

de Processo Penal, o Código Eleitoral, a Consolidação das Leis do Trabalho ou o Código de Processo Penal Militar.

A mesma conclusão se impõe quando a análise da natureza jurídica do mandado de segurança é feita do ponto de vista prático.

Em termos de competência, considerar que o mandado de segurança é sempre uma ação civil pode levar a duas conclusões. A primeira é que a Justiça Criminal, a Trabalhista, a Eleitoral e a Militar têm competência para julgar ações civis. E a segunda é a que juízes com competência exclusivamente cível têm competência para julgar todos os mandados de segurança, por serem estes ações civis, independentemente de seu conteúdo – ou seja, mesmo que o julgamento da causa envolva a análise de matéria penal, eleitoral, militar ou trabalhista.

Não parece que existam defensores dessa segunda opinião. E para que seja demonstrado o equívoco da primeira basta imaginar um mandado de segurança em que seja discutida uma questão de direito processual penal – por exemplo, poderes investigatórios do Ministério Público ou a inépcia da denúncia[324] –, tenha a impetração ocorrido antes ou depois da propositura da ação penal. Parece não existir dúvida de que a competência para o julgamento da causa é da Justiça Criminal e não da Cível. Consequentemente, ter-se-á um processo de mandado de segurança que tramita perante a Justiça Criminal, que será julgado por um juiz criminal e no qual se discutem questões de direito penal e processual penal. Claramente não se trata de uma ação cível.

Poder-se-ia argumentar que essa questão não se colocaria nas comarcas menores, em que um mesmo juiz tem competência para julgar causas cíveis e penais. No entanto, o mesmo raciocínio se aplica à Justiça do Trabalho, que tem sua competência originária para o julgamento de mandados de segurança definida exclusivamente *ratione materiae*. Nesses casos, adotar-se o entendimento de que o mandado de segurança é sempre uma ação civil seria afirmar que um mandado de segurança impetrado contra uma decisão de um juiz do trabalho, proferida em uma reclamação trabalhista, no qual sejam discutidas questões de direito material e processual do trabalho e que será julgado pela Justiça do Trabalho tem natureza de ação civil. Não parece existir qualquer argumento a sustentar essa conclusão.

---

[324]- Para dezenas de exemplos de mandados de segurança em que são discutidas questões processuais penais, inclusive com a citação de acórdãos a respeito desses temas, v. Renato Marcão, *Mandado de Segurança em Matéria Penal*, pp. 308-311.

Todo esse raciocínio parte do pressuposto de que é a natureza jurídica da ação que determina a legislação processual a ela aplicável, como mencionado anteriormente. Desse modo, afirmar que uma ação é civil significa dizer que, ao menos de forma subsidiária, ser-lhe-á aplicável o CPC. E parece absurdo dizer que um mandado de segurança impetrado contra uma decisão proferida em um processo penal e no qual seja discutida uma questão processual penal tramite de acordo com os ditames do Código de Processo Civil.

Por fim, fazendo-se uso do mesmo critério que motivou a elaboração de uma nova lei para o mandado de segurança – facilitar sua compreensão e utilização – também se chega a essa conclusão.

É fato que existem muitos operadores do direito que analisam uma quantidade enorme de matérias em seu dia-a-dia. No entanto, cada vez mais se nota uma especialização. Os tribunais criam Câmaras especializadas, de forma que seus integrantes terão contado com um número reduzido de matérias. E também comum que promotores, procuradores, defensores públicos e advogados sejam especializados, atuando apenas em determinadas questões.

Para todos os operadores do direito que são especializados em determinados temas é muito mais simples compreender o mandado de segurança e encontrar as normas que lhe são aplicáveis se estas forem as mesmas que são aplicáveis aos demais processos em que atua. A título de exemplo: para aqueles que atual na Justiça Militar é mais simples (e faz muito mais sentido) que, quando da análise de um processo de mandado de segurança, se voltem para o Código Penal Militar e não para o CPC.

Demonstrado que o mandado de segurança possui diferentes naturezas jurídicas, dependendo do direito nele discutido, torna-se claro que mesmo se a citada emenda número 11 ao projeto de lei tivesse sido aprovada não haveria aplicação subsidiária apenas do Código de Processo Civil aos processos de mandado de segurança.

Mencionava-se expressamente, no artigo proposto, que o CPC seria aplicável quando não conflitasse com a natureza do mandado de segurança. E há evidente conflito entre o CPC e mandados de segurança de natureza penal, eleitoral e militar. Em relação à Justiça do Trabalho, primeiro será aplicada a CLT e, por força de seu artigo 769, em caso de omissão será aplicado, de forma subsidiária, o CPC.

A conclusão é que sempre são aplicáveis aos processos de mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que são expressamente mencionados na LMS. Isso porque, ao mencioná-los, a LMS os incorporou ao seu texto. Tanto que em caso de promulgação de um novo CPC não haverá alteração das normas existentes na Lei 12.016/09. E, assim sendo, a menção expressa aos artigos que são aplicáveis é positiva, ajudando a esclarecer dúvidas, sendo um avanço o aumento das menções ao CPC feito na Lei 12.016/09. Quando não houver menção expressa a esse respeito será necessário analisar a natureza dos direitos em discussão para se encontrar a legislação subsidiariamente aplicável e analisar a compatibilidade entre o procedimento do mandado de segurança e as normas que se pretende aplicar para que seja possível concluir a respeito de sua efetiva aplicabilidade.

4

RETROCESSOS

4.1 A técnica legislativa e os novos problemas de redação – 4.2 Atos atacáveis por mandado de segurança: aumento dos problemas – 4.2.1 Menção ao descabimento de mandado de segurança contra “atos de gestão comercial” – 4.3 Processo eletrônico – 4.3.1 Os avanços tecnológicos e seus reflexos na legislação – 4.3.2 A urgência como requisito para a prática de atos por meio eletrônico – 4.3.3 Inaplicabilidade do §2º do artigo 4º - 4.4 Regulamentação do mandado de segurança coletivo – 4.4.1 Legitimação dos partidos políticos – 4.4.2 Legitimação dos sindicatos, entidades de classe e associações – 4.4.3 Liminar em mandado de segurança coletivo.

4.1 A técnica legislativa e os novos problemas de redação

A Lei 1.533/51 tinha problemas de coerência em sua estrutura, que dificultavam uma melhor compreensão do mandado de segurança. Era necessário ler toda a lei para compreender adequadamente esse remédio legal – sem falar, é claro, da necessidade de consultar a jurisprudência e os doutrinadores que analisaram o tema, necessidade que se mantém (embora tenha sido diminuída, como exposto) com a Lei 12.016/09.

No artigo 1º da Lei 1.533/51 há a definição legal do mandado de segurança (art. 1º, *caput*), a explicitação de quem pode impetrá-lo (art. 1º, *caput* e §2º) e de quem figurará no pólo passivo (art. 1º, *caput* e §1º). Já no artigo 2º se define a autoridade federal, o que determina, indiretamente, a competência da Justiça Federal para o julgamento da causa (a esse respeito, v. item 3.4, *supra*). Até esse ponto a lei é bastante coerente em termos de estrutura: primeiro define-se seu objeto; depois se estabelece quem serão as partes; e em seguida se trata da competência. Seria possível questionar a ordem dos parágrafos do artigo 1º (afinal, trata-se primeiro do pólo passivo e depois do pólo ativo da demanda) e,

em termos de técnica legislativa, a quantidade de informações contida no *caput* do artigo 1º, mas, de um modo geral, não há grande prejuízo para a compreensão de seus termos.

Entretanto, como se nota com a leitura dos demais artigos da Lei 1.533/51, assuntos iguais ou semelhantes são tratados em artigos distintos e, por vezes, distantes entre si, dificultando sua interpretação. Há um problema já no artigo 1º: se estabelece quem serão as partes, mas apenas no artigo 19, o antepenúltimo da Lei 1.533/51 e o último que traz uma regra de direito processual, é mencionada a aplicabilidade ao processo de mandado de segurança dos artigos do CPC que regulam o litisconsórcio.

Os problemas de estrutura da lei começam a partir de seu artigo 3º. Depois de tratar da legitimação para a impetração e ter passado a tratar da competência, o legislador volta a tratar dos legitimados – no caso, da possibilidade de substituição processual.

Em seguida, no artigo 4º, há menção aos meios que podem ser utilizados para a impetração em casos de urgência. Mas apenas no artigo 6º é que são trazidos os requisitos da petição inicial. E se trata da possibilidade de suspensão do ato impugnado – suspensão que, assim como a possibilidade de impetração do mandado de segurança por telegrama ou radiograma, também tem como pressuposto a urgência, além da existência de fundamentação relevante – apenas no inciso II do artigo 7º.

Já no artigo 5º da Lei 1.533/51 há menção aos atos que não podem ser atacados por mandado de segurança. Trata-se de uma complementação do *caput* do artigo 1º, que menciona genericamente os casos de cabimento do mandado de segurança, e que é feita apenas quatro artigos depois.

No artigo 6º mencionam-se finalmente os requisitos da petição inicial e a possibilidade de, antes de notificar a autoridade para prestar informações, o juiz poder determinar a exibição de documentos. Mas é no artigo 7º que se determina o que o juiz deve fazer quando despachar a inicial – e, evidentemente, dentre as possibilidades está a determinar a exibição de documentos, na forma prevista no parágrafo único do artigo 6º.

O primeiro artigo a tratar da sentença em mandado de segurança é o artigo 8º, que menciona genericamente as hipóteses de indeferimento da inicial – "*quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei*". Há alguns problemas com a redação desse artigo e com sua posição dentro da estrutura da Lei

1.533/51. Os “casos” de mandado de segurança – na realidade, os atos que podem ser atacados por essa via – podem ser encontrados nos artigos 1º e 5º da Lei 1.533/51. Já os requisitos da lei estão no artigo 6º (requisitos gerais da petição inicial), no artigo 18, que trata do prazo para impetração, requisito específico do mandado de segurança, e também decorrem do artigo 10, que, ao tratar do procedimento a ser seguido, não deixa espaço para a produção de quaisquer provas além das que instruíram a inicial e as informações prestadas pela autoridade coatora.

A impropriedade da posição dessa norma fica ainda mais clara ao se constatar que em seu parágrafo único há menção ao artigo 12 da Lei 1.533/51, que trata do recurso cabível contra a sentença.

Somente depois de um artigo tratar da sentença em mandado de segurança é que a Lei 1.533/51 traz os artigos que tratam do procedimento a ser seguido (artigos 9º e 10).

No artigo 11 há nova menção à sentença, já tratada no artigo 8º, e repete-se em parte o artigo 4º, tratando-se separadamente – mas da mesma forma – as possibilidades de transmissão à autoridade coatora da sentença de concessão do mandado de segurança.

Em seguida trata-se dos recursos (artigos 12 e 13), mas só nos artigos 15 e 16 se trata da coisa julgada no processo de mandado de segurança. E, entre esses artigos, há uma norma cuja existência é um pouco difícil de ser justificada. No artigo 14 se estabelece que nos processos de competência originária dos tribunais “*caberá ao relator a instrução do processo*”. Ocorre que não há propriamente instrução no processo de mandado de segurança. A instrução ou fase instrutória e a fase do processo na qual são produzidas provas. E no mandado de segurança são admitidas apenas provas pré-constituídas e apresentadas com a petição inicial, as informações e a contestação (v. *supra*, item 2.1). De qualquer modo, essa norma estaria mais bem colocada junto ou próxima ao artigo 10.

O artigo 17, colocado depois das normas que tratam da coisa julgada, é que trata da prioridade na tramitação dos processos de mandado de segurança. A ser seguida a ordem prevista pelo legislador de 1951, somente depois de terminado o processo é que os serventuários saberiam que o processo deve tramitar de forma prioritária. E, por fim: nos últimos dois artigos da Lei 1.533/51 que estabelecem normas processuais trata-se de um dos requisitos para impetração, o respeito ao prazo de cento e vinte dias (artigo 18), e da possibilidade de litisconsórcio (artigo 19).

A Lei 12.016/09 piorou a situação. Os artigos, parágrafos e incisos acrescidos à lei com a função de incorporar as normas das demais leis que tratavam do mandado de segurança e alguns dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema tornaram ainda mais fragmentada a estrutura da LMS, tornando mais difícil compreender adequadamente a lei do mandado de segurança.

O primeiro acréscimo foi a inclusão de um novo parágrafo no artigo 1º, que passou a ser o parágrafo segundo. Essa norma exclui do âmbito de impugnação por meio de mandado de segurança os atos de "gestão comercial" (v. a esse respeito, *infra*, item 4.2.1). Trata-se, portanto, de outra norma que trata do mesmo tema tratado no artigo 5º da LMS. Mas ainda assim foi feita sua inclusão como um parágrafo do artigo 1º. Ainda, a posição em que foi incluído fez com que o artigo 1º passasse a ter uma estrutura ainda pior: começa com as linhas gerais sobre o mandado de segurança (*caput*), em seguida passa ao pólo passivo (§1º), a alguns dos atos que não podem ser impugnados (§2º) e só então trata de co-legitimados para a propositura da ação (§3º).

Foram acrescentados alguns parágrafos no artigo 4º da LMS, apenas para incorporar ao texto da lei normas já existentes na Lei 9.800/99 e na Lei 11.419/06. Mas, como já mencionado, o legislador poderia ter incluído no mesmo artigo o texto do artigo 11 da Lei 1.533/51, que acabou sendo reproduzido, com poucas alterações, como artigo 13 da LMS. Continuam a existir menções à forma de notificação da autoridade e da pessoa jurídica interessada em dois artigos diferentes e distantes entre si.

Nova piora na estrutura da LMS ocorreu com a inclusão dos §§3º, 5º e 6º ao artigo 6º. O §3º trata da autoridade coatora, fragmentando o conceito legal, que também se encontra no *caput* e no §1º da LMS. Já o §5º trata da sentença, mais especificamente da extinção do processo sem julgamento do mérito. Agora as sentenças proferidas em mandado de segurança, que eram tratadas no artigo 8º da Lei 1.533/51, são tratadas também no §5º do artigo 6º e no artigo 10 da LMS. E, ainda, essa norma não faz referência ao recurso cabível, ao contrário do que ocorre com as demais normas que tratam da sentença, em outra incoerência do legislador.

Por fim, o §6º trata da coisa julgada em mandado de segurança, reproduzindo o artigo 16 da Lei 1.533/51, com o acréscimo da impossibilidade de se impetrar novo mandado de segurança quando tiver se esgotado o prazo de cento e vinte dias.

Trata-se portanto de um artigo que, no *caput*, trata dos requisitos da petição inicial, e em seus parágrafos passa pela definição legal (parcial) de autoridade coatora, pela sentença e pela coisa julgada em mandado de segurança. É quase como se o artigo 6º fosse uma lei do mandado de segurança por si. E é bastante interessante notar que se o legislador tivesse aplicado a estrutura do artigo 6º a toda a Lei 12.016/09 o resultado seria melhor que o atual.

O artigo 7º é um dos poucos cujos acréscimos tiveram coerência. O artigo 7º da Lei 1.533/51 tratava, em seus dois primeiros incisos, da notificação da autoridade e da possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado. E os §§2º, 3º, 4º e 5º tratam de liminares em mandado de segurança. Somente o §1º é que se encontra deslocado, pois trata de recurso – embora seja do recurso cabível contra a decisão que defere ou indefere a liminar.

Há, contudo, um problema: no §4º menciona-se que, se for deferida a liminar, o processo terá prioridade para julgamento. Mas no artigo 20 da LMS se estabelece que os processos de mandado de segurança e seus recursos terão prioridade para julgamento sobre todos os "*atos judiciais*", com exceção do *habeas corpus*. O parágrafo §4º do artigo 7º, portanto, ao menos parece gerar uma redundância na LMS. A não ser que se considere que, sendo deferida a liminar, o processo de mandado de segurança ganhará preferência para julgamento inclusive sobre o *habeas corpus*, posição que não me parece defensável. Como mencionado anteriormente, a interpretação mais correta parece ser a de que os processos em que for deferida a liminar têm prioridade na tramitação em relação aos demais processos de mandado de segurança.

O artigo 8º da LMS, reprodução quase literal do artigo 2º da Lei 4.348/64 (foi apenas excluída a "caducidade" da liminar para o caso de abandono da causa por mais de vinte dias), também trata das liminares. É igualmente coerente com os artigos anteriores a posição do artigo 9º, que trata do procedimento a ser seguido pela autoridade quando há concessão de liminar.

Mas o artigo 10 traz a maior de todas as incongruências da Lei 12.016/09, e não apenas por ter sido mantido um artigo que trata da sentença antes dos artigos que tratam do procedimento. O *caput* e o §1º são semelhantes ao *caput* e ao parágrafo único do artigo 8º da Lei 1.533/51. Ocorre que depois de normas que tratam da sentença em mandado de

segurança e do recurso contra ela cabível o legislador de 2009 incluiu um §2º, que trata da impossibilidade do ingresso de litisconsorte ativo depois do despacho da petição inicial. Não há qualquer sentido em, depois de tratar da sentença e de um recurso, incluir-se uma norma que trata do litisconsórcio. Ainda mais pelo fato de o despacho da petição inicial ser mencionado no artigo 7º e o litisconsórcio no artigo 24. A norma que está no §2º do artigo 10 poderia ter sido inserida em qualquer desses artigos sem que se cogitasse de um aumento dos problemas estruturais da LMS. Mas não faz qualquer sentido que tenha sido incluída como um parágrafo do artigo 10.

Em termos de estrutura da Lei 12.016/09 o maior dos problemas é o tratamento conferido aos recursos. O cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere liminares em primeira instância está previsto no §1º do artigo 7º da LMS. Já o recurso cabível contra a decisão que defere ou indefere liminar em segunda instância, nos casos de competência originária dos tribunais, está previsto no parágrafo único do artigo 16. As possibilidades de interposição de apelação estão nos artigos 10, §1º e 14 – como mencionado, o §5º do artigo 6º da LMS, apesar de tratar da sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito em razão de uma das hipóteses previstas no artigo 267 do CPC, não traz referência ao recurso cabível contra essa decisão. Os recursos cabíveis contra decisões finais proferidas por tribunais estão no artigo 18 da LMS. E, por fim, o não cabimento de embargos infringentes está previsto no artigo 25, depois das normas sobre mandado de segurança coletivo, prazo para impetração e litisconsórcio.

O artigo 14 é outro em que os problemas estruturais existem. No *caput* trata-se de apelação; no §1º, da remessa necessária; e no §2º da legitimidade da autoridade coatora para recorrer. São temas diferentes, mas o fato de serem correlatos até torna possível que sejam tratados no mesmo artigo de lei. Contudo, no §3º trata-se da impossibilidade de execução provisória, fazendo-se referência aos casos em que é vedada a concessão de liminares, tratados no artigo 7º da LMS. E o §4º, que consiste em reprodução do artigo 1º da Lei 5.021/66 (que por sua vez era uma positivação da súmula 271 do STF), traz uma limitação aos pedidos que podem ser formulados em mandado de segurança ou, ao menos, de uma limitação das possibilidades de condenação, de forma que deveria ser o §1º ou ser tratada nos artigos 1º ou 5º da LMS.

Depois de tratar da sentença, da coisa julgada e dos recursos cabíveis é que o legislador optou por mencionar que o mandado de segurança deve ter prioridade na

tramitação (art. 20), questão ligada ao procedimento ou, ao menos, às providências que devem ser tomadas pelos serventuários dos cartórios judiciais, previstas nos artigos 11 e 13 da LMS.

As normas sobre mandado de segurança coletivo (artigos 21 e 22 da LMS) foram inseridas na parte final da lei, depois das normas que tratam da petição inicial, das liminares, do procedimento e de alguns dos recursos, mas antes dos artigos que tratam do prazo para a impetração, do litisconsórcio, do cabimento de embargos infringentes e da condenação por litigância de má-fé e da impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Seria mais adequado que os artigos que tratam do mandado de segurança coletivo tivessem sido incluídos depois do artigo 25 da LMS. Outra possibilidade era incluir menções ao mandado de segurança coletivo de forma esparsa na Lei 12.016/09

Ainda, o §2º do artigo 22 da LMS, que disciplina a medida liminar em mandado de segurança coletivo, não justifica sua posição. No *caput* do artigo 22 e em seu §1º se trata da coisa julgada em mandado de segurança coletivo. Mas no §2º o legislador tratou de um requisito para a concessão da liminar em mandado de segurança coletivo – depois de disciplinar a coisa julgada.

Os últimos problemas estruturais: como mencionado, no final da LMS (art. 23) o legislador apresentou um dos requisitos para a impetração, o respeito ao prazo de cento e vinte dias; também no final da LMS é que se trata do litisconsórcio; e no artigo 25 o legislador optou por tratar, ao mesmo tempo, do descabimento de um recurso (embargos infringentes), honorários advocatícios de sucumbência e de litigância de má-fé.

Ao menos os últimos artigos da Lei 12.016/09 estão posicionados corretamente. O artigo 26 trata indiretamente da forma de cumprimento das decisões que concedem liminar ou julgam procedente a ação, por meio da definição das sanções cabíveis à autoridade que descumpre essas decisões, sendo adequado que figure como o último artigo a tratar de normas processuais referentes ao mandado de segurança. O artigo 27 determina a adaptação dos tribunais à LMS, o artigo 28 mencionada que a Lei 12.016/09 entra em vigor na data da publicação e o artigo 29 menciona expressamente as leis que foram

revogadas pela LMS (apesar de terem sido esquecidas a Lei 10.910/04 e a Medida Provisória 2.180-35), atendendo ao disposto no artigo 9º da LC 95/98.[325]

Da análise dos artigos da Lei 12.016/09 extrai-se que o legislador de 2009 preferiu, em vários momentos, tratar de matérias diferentes no mesmo artigo de lei, às vezes na mesma norma, às vezes fazendo o uso de parágrafos, ao invés de criar novos artigos, como seria recomendável. O resultado é que não apenas a LMS como muitos de seus artigos têm uma estrutura confusa, que tornam difícil encontrar todas as normas que tratam de um determinado tema.

Seria extremamente difícil fazer uma estrutura à prova de críticas, pois alguns pontos podem consistir apenas em preferências pessoais. Por exemplo, pode-se questionar se o tratamento da coisa julgada deve vir logo após as menções à sentença ou se apenas depois dos recursos. A ordem da aplicação desses artigos a um processo de mandado de segurança dependerá do que ocorrer na prática. Em havendo interposição de recursos, a coisa julgada se formará depois do julgamento desses recursos. Mas se não houver interposição a coisa julgada será formada logo depois da sentença. No entanto, é fora de dúvidas que as normas que tratam do litisconsórcio e dos requisitos para uma ação devem estar antes das que tratam da sentença, da coisa julgada e dos recursos. Outro ponto é que muitas das normas da LMS tratam de mais de uma matéria, de forma que poderiam ser agrupadas a qualquer dos artigos que tratam dessas mesmas matérias.

Mas sequer seriam necessárias grandes elucubrações sobre a estrutura da lei do mandado de segurança. Por uma questão de coerência do sistema processual, o legislador de 2009 poderia ter se valido da estrutura existente no Código de Processo Civil ou, em razão das peculiaridades do mandado de segurança, ao menos de uma estrutura semelhante.

Além dos problemas estruturais há alguns problemas de coerência na nova redação conferida pelo legislador a alguns dispositivos legais e nas normas que foram introduzidas pelo legislador de 2009.

Como já mencionado, não é objetivo deste trabalho analisar a redação de todos os artigos da LMS nos mínimos detalhes, especialmente quando não há relevância jurídica de

---

[325]- A Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, estabeleceu, em seu artigo 9º, que "*A cláusula de revogação* [de leis] *deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas*". Entretanto, essa norma não aboliu a revogação tácita de leis incompatíveis com lei posterior (Vicente Greco Filho, *O Novo Mandado de Segurança*, p. 63).

eventuais problemas na redação. O que se pretende é apenas demonstrar os novos erros de redação, criados pela Lei 12.016/09, e não tratar dos antigos. Ainda, os problemas mais relevantes da redação da LMS são tratados nos demais tópicos deste trabalho.

Mas é fato que o legislador de 2009 perdeu grande oportunidade de corrigir antigos erros de redação. Como demonstrado (item 2.4, *supra*), na realidade não houve manutenção "em princípio" da redação das leis incorporadas pela Lei 12.016/09. O legislador desceu aos mínimos detalhes, alterando até mesmo vírgulas dos textos legais anteriores. Em tendo procedido dessa forma, poderia ter avançado ainda mais e tornado mais clara a redação de muitas das normas da LMS. Para ficar em apenas um exemplo: o *caput* do artigo 1º poderia sido alterado para corresponder ao texto do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, que tem redação superior. Embora também a redação da norma constitucional possa sofrer críticas, se a intenção do legislador era adaptar o texto da Lei 1.533/51 aos novos diplomas legislativos seria muito mais interessante se tivesse adotado o texto do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal em substituição ao do artigo 1º da Lei 1.533/51.

E, em alguns pontos, a Lei 12.016/09 piorou a redação das normas que disciplinam o mandado de segurança.

O *caput* do artigo 10 da LMS (correspondente ao *caput* do artigo 8º da Lei 1.533/51), a despeito de, em sua parte final, ter tido sua redação melhorada (v. *supra*, item 3.1), também teve pioras em sua redação.

No *caput* do artigo 10 passou a constar que a inicial será indeferida "*por decisão motivada*". Ocorre que o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal determina que toda decisão será motivada, sendo essa menção completamente desnecessária. E essa menção causa uma nova incongruência na Lei 12.016/09. Apenas no artigo 15 também há menção à necessidade de a decisão ser fundamentada. Mas há outras normas nas quais são mencionadas decisões que podem ser proferidas em processos de mandado de segurança, como o inciso II do artigo 7º da LMS trata da decisão que concede a liminar em mandado de segurança individual, e o §2º do artigo 22, que disciplina a decisão que aprecia pedido de liminar em mandado de segurança coletivo.

Também houve piora da redação do artigo 12, *caput* e parágrafo único, da Lei 1.533/51. Essas normas foram convertidas no artigo 14, *caput* e parágrafos 1º e 3º, da

Lei 12.016/09. E, nessa conversão, a redação do parágrafo único foi alterada. Criou-se nova incongruência na redação das normas da LMS: no *caput* do artigo 14 menciona-se a denegação ou concessão "do mandado". Já no §1º há menção à concessão da "segurança". E no §3º a menção é à concessão do "mandado de segurança". A despeito de nos três casos a referência ser ao julgamento da causa, o uso de sinônimos dificulta a compreensão do texto.

Outro novo problema de redação consta do artigo 16 da LMS. Menciona-se a "instrução do processo" nos casos de competência originária e, ainda, a possibilidade de "defesa oral". A expressão "instrução do processo" foi apenas mantida, sendo, portanto, mantido um erro do legislador anterior, já que não existe fase instrutória no mandado de segurança. Mas foi introduzida nova expressão equivocada: a "defesa oral". O termo "defesa" costuma ser utilizado como sinônimo de contestação, mas engloba todas as possibilidades de defesa em processos judiciais, ou seja, de resposta ao pedido inicial. E realmente não parece que a Lei 12.016/09 tenha criado a possibilidade de apresentação de defesa de forma oral em processos de mandado de segurança de competência originária dos tribunais. Tratar-se-ia, no entanto, de uma iniciativa louvável, desde que fosse utilizada em substituição à defesa escrita. Mas sua introdução encontraria problemas no fato de ser a autoridade coatora, em nome próprio, quem deve prestar as informações.

Há novo problema de redação no artigo 18 da Lei 12.016/09. Trata-se de um artigo que não encontra correspondente na Lei 1.533/51. O objetivo do legislador foi incorporar ao texto da Lei do Mandado de Segurança os artigos 539, incisos I e II, do Código de Processo Civil, que tratam do recurso ordinário, bem como os artigos da Constituição Federal que tratam desse tema e também aqueles que tratam dos recursos especial e extraordinário.

Trata-se de uma positivação de entendimento jurisprudencial há muito consolidado e que é bem vinda, pois, como já exposto, uma das peculiaridades do mandado de segurança a diferença entre o recurso cabível contra os acórdãos que concedem ou denegam a segurança nos processos de mandado de segurança de competência originária dos tribunais (v. *supra*, item 2.1). E, como também já exposto, a menção expressa a dispositivos legais ou sua reprodução no texto da LMS é positiva (v. *supra*, item 3.6).

No entanto, há um problema na redação do artigo 18 da Lei 12.016/09. Enquanto no artigo 539 do CPC e nas normas constitucionais que tratam do recurso ordinário (CF, art. 102, inc. II, alínea "a", e art. 105, inc. II, alínea "b") são mencionados os mandados de segurança "*decididos em única instância*", o legislador ordinário optou pela frase "*Das decisões proferidas em única instância*".

É por esse aspecto, portanto, que se enquadra essa nova norma como um retrocesso: sua redação dá a falsa impressão de serem cabíveis recurso especial e extraordinário contra decisões monocráticas de tribunais.

Os pedidos de liminar em mandado de segurança de competência originária dos tribunais são decididos, em razão da urgência, pelo relator da ação, e não pelo órgão julgador. E da decisão monocrática que defere ou indefere esse pedido de liminar não cabe qualquer dos recursos previstos no artigo 18 da LMS, mas sim o agravo mencionado no parágrafo único do artigo 16.

Ainda, e a despeito do silêncio do legislador a respeito do tema, é possível que a petição inicial do mandado de segurança seja indeferida em decisão monocrática.[326] Nesse caso o recurso cabível também será o de agravo.

Somente depois do julgamento do agravo, que será realizado pelo órgão competente para julgar a ação, é que serão cabíveis os recursos elencados no artigo 18 da LMS. É o que se chama de "esgotamento de instância": considera-se só ser aberta a via recursal aos tribunais superiores quando esgotadas as possibilidades de interposição de recurso na instância inferior.

O último ponto a ser ressaltado é que existe uma nova incongruência na LMS. Como regra, o legislador substituiu as menções genéricas ao Código de Processo Civil que existiam na Lei 1.533/51, deixando claro que as referências feitas na LMS o são à Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, eliminando ou ao menos reduzindo consideravelmente a possibilidade de dúvidas sobre os artigos aplicáveis ao mandado de segurança na hipótese de promulgação de um novo CPC. O mesmo foi realizado com a menção ao artigo 330 do Decreto-Lei 2.848/40, feita no artigo 26, embora a técnica de redação legislativa

[326]- Essa possibilidade consta do regimento interno do STJ, em seu artigo 213: "*Se for manifesta a incompetência do Tribunal, ou manifestamente incabível a segurança, ou se a petição inicial não atender aos requisitos legais, ou se excedido o prazo estabelecido no artigo 18, da Lei n. 1.533, de 1951, poderá o relator indeferir, desde logo, o pedido.*".

não tenha sido a mesma, já que não foi mencionado expressamente que o Decreto-Lei 2.848/40 é o Código Penal. Mas, como mencionado, esse problema na técnica legislativa decorreu de uma emenda ao projeto de lei apresentada quando de sua tramitação perante a Câmara dos Deputados (*supra*, item 2.3).

Ocorre que, ao mesmo tempo em que incluiu menções expressas a artigos do Código de Processo Civil e especificou que essas menções são à Lei 5.869/73, o legislador alterou a redação do artigo 6º da Lei 1.533/51 em sentido oposto, substituindo a menção a artigos de lei específicos (embora a menção estivesse desatualizada) pela expressão "*requisitos estabelecidos pela lei processual*", que se presta a dúvidas. Essas dúvidas podem ser ainda maiores se os requisitos legais da petição inicial forem alterados.

Outros problemas de redação serão tratados nos tópicos seguintes.

4.2 Atos atacáveis por mandado de segurança: aumento dos problemas

Há três diferenças entre a Lei 12.016/09 e a Lei 1.533/51 no que toca aos atos que podem ser impugnados por meio de mandado de segurança. A LMS incluiu menção à impossibilidade de serem atacados "atos de gestão comercial" (LMS, art. 1º, §2º) e decisão judicial transitada em julgado (LMS, art. 5º, inc. III). E foi excluída a referência à impossibilidade de ser atacado ato disciplinar "*salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial*" (Lei 1.533/51, art. 5º, inc. III).

No segundo e no terceiro casos houve apenas positivação de entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto. O inciso II do artigo 5º da LMS corresponde à súmula 267 do STF. E, a despeito de não sumulada, havia jurisprudência pacífica no sentido de ser possível a utilização de mandado de segurança para impugnar atos disciplinares viciados, ainda que o vício não fosse de competência ou referente a formalidade essencial.

O real problema foi a inclusão do §2º ao artigo 1º da LMS, pois se menciona nessa norma – equivocadamente – que atos de gestão comercial não podem ser atacados por meio de mandado de segurança.

Ao menos em termos de técnica legislativa, em um ponto o legislador adotou uma postura mais adequada ao mandado de segurança: tentou definir os atos que não podem ser atacados ou invés de definir os que podem. Por se tratar de uma garantia constitucional, as normas que disciplinam o mandado de segurança devem ser interpretadas de forma que lhes seja conferida máxima efetividade. Assim, como regra, todos os atos praticados por autoridades são impugnáveis. A legislação e os operadores do direito devem se encarregar de encontrar as exceções.

No entanto, o legislador cometeu novo equívoco na redação do §2º do artigo 1º da LMS ao estabelecer que somente não são atacáveis pela via do mandado do segurança os atos de gestão comercial praticados por empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos.

Como se trata de uma norma restritiva, que aliás restringe uma garantia fundamental (reitere-se que o mandado de segurança está inserido dentre as cláusulas pétreas da Constituição Federal, no inciso LXIX do artigo 5º), deve ser interpretada de forma estrita. Partindo-se dessa premissa o equívoco do legislador fica claro. Ao tentar elaborar uma norma descritiva, que detalha as hipóteses de não-cabimento de mandado de segurança, o legislador esqueceu-se de incluir as autarquias e os entes da Administração pública direta.

A consequência é que é possível a interpretação de que todos os atos de gestão praticados por esses entes públicos poderiam ser impugnados por mandados de segurança – inclusive os de “gestão comercial”.

Ainda: como é feita menção somente aos “administradores”, as pessoas que não tiverem esse cargo (diretores, presidentes e membros de conselhos fiscais, por exemplo) poderiam ter todos os seus atos impugnados por meio de mandados de segurança.

Essa interpretação, contudo, seria absurda. Criaria uma distinção entre atos intrinsecamente iguais: os atos de gestão praticados por administradores de autarquias e

entes da Administração pública direta e os atos de gestão praticados administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos.

Não há nada que diferencie esses atos a ponto de permitir uma diferenciação de tratamento acerca das formas utilizáveis para que sejam impugnados, de forma que a interpretação proposta violaria o princípio da isonomia (CF, art. 5º, inc. II).

A interpretação das normas que prevêem garantias constitucionais deve ser a mais ampla possível – busca-se a máxima efetividade da garantias constitucionais – mas desde que seja compatível com os princípios que regem todo o sistema jurídico, como o princípio da isonomia. Não é possível ao intérprete, ao tentar busca a máxima efetividade de uma garantia constitucional, chegar a interpretações absurdas, incompatíveis com todo o sistema.

Do contrário, teríamos que os atos de gestão comercial praticados por administradores de entes da Administração pública direta, que teoricamente têm uma relação muito mais direta com o interesse público, poderem ser impugnados por mandados de segurança, e, de outro lado, atos de gestão praticados administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, em regra mais ligados a interesses privados, não poderiam sê-lo.

Aliás, permitir que todos os atos de gestão praticados por entes da Administração pública direta fossem impugnados (por mandado de segurança ou qualquer outro meio) seria de duvidosa constitucionalidade, pois permitiria ao Poder Judiciário interferir em todas as decisões do Poder Executivo. Haveria violação ao princípio da tripartição de poderes. Ainda, passaria a ser impossível governar, pois o Executivo poderia ter questionado em juízo todos os atos que praticasse.

Em razão da natureza desses atos e dos interesses que por eles são defendidos, seria possível, em tese, que o legislador estabelecesse o contrário: que atos de gestão praticados por entes da Administração pública direta não podem ser impugnados, mas que os praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos o podem.

O que se nota, portanto, é que a redação do §2º do artigo 1º da LMS abre margem a interpretações inconstitucionais e absurdas, tendo o legislador falhado em sua tentativa

de positivar entendimentos pacíficos a respeito dos atos que podem ser atacados por mandado de segurança.

4.2.1 Menção ao descabimento de mandado de segurança contra "atos de gestão comercial"

Historicamente muito se discutiu a respeito dos atos que poderiam ser controlados por meio de mandado de segurança. Tanto na Constituição Federal de 1934 quanto no Código de Processo Civil de 1939 previa-se que, para a concessão do mandado de segurança, era necessário que a ilegalidade ou inconstitucionalidade fosse manifesta. Em razão da dificuldade de interpretação do conceito de "manifesta" ilegalidade ou inconstitucionalidade, na Constituição de 1946, que voltou a prever o mandado de segurança, suprimiu-se a expressão "manifesta", reduzindo-se as dificuldades de interpretação".[327] E na Lei 1.533/51 passou a constar apenas que cabe mandado de segurança em caso de violação ou ameaça de violação a direito (art. 1º), redação que foi mantida pela Lei 12.016/09.

Com o passar do tempo, passando a ser admitida a impetração de mandado de segurança contra atos de todos os Poderes, não é mais preciso encontrar quais são os atos impugnáveis por meio de mandado de segurança, mas sim, apenas, encontrar aqueles que não podem ser impugnados. Como regra, o mandado de segurança pode ser utilizado para atacar atos administrativos (do Poder Executivo), atos legislativos e atos judiciais.

A primeira exceção consta do texto constitucional: não cabe mandado de segurança para a defesa de direitos que podem ser defendidos por *habeas corpus* e *habeas data*. Em outras palavras, não podem ser atacados por mandado de segurança atos ou omissões que violem ou ameacem violar o direito de locomoção, atos esses atacáveis por *habeas corpus* (CF, art. 5º, inc. LXVIII), e atos ou omissões que violem os direitos de acesso a informações e de retificação de dados, atacáveis por *habeas data* (CF, art. 5º, inc. LXXII).

---

[327]- Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, p. 34.

A segunda exceção também consta do texto constitucional: os atos praticados por entes que não sejam parte da Administração pública direta ou indireta não podem ser impugnados quando forem meramente privados, pois, nesse caso, o ato não terá sido praticado por pessoa ou ente exercendo a função de autoridade.

É sob esse aspecto que o §2º do artigo 1º da LMS deve ser interpretado: como sendo a regulamentação do que consiste "ato de autoridade". E os atos opostos aos de autoridade são os atos privados ou os atos de "mera gestão", não os atos de gestão comercial, como constou da nova norma.

São essas as duas regras gerais: não podem ser atacadas a ação ou omissão que não gere ou não tenha potencial de gerar lesão a direito; e não podem ser atacados os atos privados ou de "mera gestão". A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se nesse sentido.[328]

Cumpre ainda ressaltar que foi vetado o artigo 85 do Código de Defesa do Consumidor, que continha previsão expressa de caber mandado de segurança contra ato de pessoa física ou jurídica que lese direito do consumidor. A justificativa para o veto foi a de que o mandado de segurança é cabível para a defesa de direitos públicos subjetivos, mas tem por objeto atos do Poder Público, e não atos de particulares.

Há quem considere, no entanto, que a alteração foi positiva. Para Arnoldo Wald, essa norma teve o condão de eliminar dúvidas acerca dos atos que podem ser atacados por mandado de segurança.[329]

Mallet adota a posição contrária, mas afirmando que há outros atos que não podem ser impugnados por mandado de segurança. Defende que não apenas os atos de gestão comercial não podem ser atacados por mandados de segurança, mas que também outros atos de gestão, de natureza civil ou trabalhista, estariam fora do âmbito de impugnação pelo *mandamus*. Apresenta como exemplos de atos de gestão trabalhista a alteração do local de trabalho (CLT, art. 469) e a atribuição de nova função ao empregado,

---

[328]- "*Os atos praticados por dirigentes de sociedades de economia mista relacionados (como a Petrobras) com a contratação de pessoal não são considerados "mera gestão". Os dirigentes de tais sociedades estão legitimados a figurar como autoridade coatora. Precedentes do STJ.*" (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp. 39.578-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.03.2012).

[329]- Arnoldo Wald, *A Nova Lei do Mandado de Sgurança (lei 12.016, de 07.08.2009)*, p. 18.

compatível com sua condição pessoal mas que não está prevista no contrato de trabalho (CLT, art. 456, par. ún.).[330]

Por fim, deve-se salientar que essa norma foi uma das que tiveram sua inconstitucionalidade arguida pelo Conselho Federal da OAB, na ação direta de inconstitucionalidade 4.296-DF. Na petição inicial foi alegado que o legislador, ao retirar os atos de gestão comercial do rol de atos impugnáveis pelo mandado de segurança, violou o princípio da separação de poderes.

A Advocacia Geral da União, ao prestar informações, afirmou que essa norma consagra a distinção entre atos de gestão e atos de império, mas, na realidade, afirma que matéria puramente contratual, de direito privado, é que não pode ser atacada por mandado de segurança.

4.3 Processo eletrônico

4.3.1 Os avanços tecnológicos e seus reflexos na legislação

A Lei 191/36 trazia novidades a respeito das possibilidades de propositura do mandado de segurança e da comunicação de atos processuais nos processos de mandado de segurança, estabelecendo, em seu artigo 15, que em caso de urgência era permitida a impetração e a comunicação dos atos processuais por meio de telegrama ou radiograma. Tratava-se de hipótese que não existia em nosso direito até então.

Por se tratar de outro momento da evolução da ciência processual, muito mais formalista que o atual, exigia-se, como requisito para a impetração, que a via original da peça processual a ser transmitida por telegrama ou radiograma fosse apresentada à agência que fosse realizar a comunicação e, ainda, que as assinaturas constantes da peça processual fossem reconhecidas por tabelião (Lei 191/36, art. 15, §1º). Mas, como se nota, o legislador depositava grande confiança na agência expedidora da comunicação.

---

[330]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, p. 39.

A norma foi repetida, com algumas alterações de redação, no artigo 326 do Código de Processo Civil de 1939 e no artigo 4º da Lei 1.533/51.

Mas apesar de estar em nosso ordenamento jurídico há mais de setenta e cinco anos, essa norma não mereceu grande atenção dos doutrinadores. São raros e sucintos os comentários a seu respeito. Castro Nunes, por exemplo, dedica apenas uma página a esse tema e somente reproduz o texto do artigo 15 da Lei 191/36.[331] Othon Sidou tece seus comentários em duas páginas, fazendo a pertinente consideração de que o juízo inicial de urgência, a permitir a impetração por telegrama ou radiograma, é feito pelo impetrante, mas que a apuração da urgência a determinar que a comunicação dos atos processuais se dê da mesma forma caberá ao juiz[332].

Essa ausência de maiores menções à possibilidade de impetração do mandado de segurança por telegrama ou radiograma faz crer que essa possibilidade nunca foi de grande valia, não tendo havido, na prática, número significativo de impetrações por telegrama ou radiograma.

E também há uma questão jurídica a corroborar essa especulação. Como mencionado anteriormente, é requisito do mandado de segurança que a petição inicial seja instruída com provas documentais dos fatos nela alegados. Mas não é possível transmitir documentos por telegrama ou radiograma.

Em razão dessa limitação seria possível considerar que, nessas hipóteses, o impetrante poderia apresentar os documentos em momento posterior ao da propositura da demanda. Mas a ausência de documentos dificultaria a obtenção de uma liminar. O mais provável é que, para decidir, o juiz aguardasse a chegada dos documentos. E, nesse caso, a impetração por telegrama ou radiograma seria inútil.

Pode-se apenas vislumbrar a utilidade dessa forma de impetração apenas em mandados de segurança fundados única e exclusivamente em fatos públicos e notórios, que, mesmo em sede de mandado de segurança, dispensam comprovação (CPC, art. 334, inc. I), e em casos em que a urgência esteja aliada a uma gravidade extrema da lesão a direito alegada na inicial, ao ponto de o juiz unicamente com a realização do juízo do mal

---

[331]- José de Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*, p. 261.
[332]- J. M. Othon Sidou, *Do Mandado de Segurança*, p. 127.

maior, escolhendo correr o risco de causar indevidamente dano à pessoa jurídica que sofrerá as consequências patrimoniais da concessão da liminar a deixar que o impetrante sofra o dano alegado na inicial.

Pensando-se em uma questão pragmática, o impetrante poderia se valer do telegrama ou do radiograma para evitar que o prazo de 120 dias para a impetração se esgotasse.

Com o passar dos anos a evolução tecnológica foi incorporada pela legislação processual, sendo abertas novas possibilidades de impetração de mandado de segurança. Foi promulgada a Lei 9.800/99, que trata da possibilidade de realização de atos processuais por fax. Essa lei é aplicável a todos os processos judiciais, inclusive o mandado de segurança, havendo um grande número de julgados a esse respeito – especialmente reconhecendo a intempestividade da apresentação das vias originais das peças transmitidas via fax.

Mais recentemente houve a regulamentação do processo eletrônico, feita pela Lei 11.419/2006.

De acordo com o que consta da exposição de motivos do projeto de lei, as alterações do artigo 4º da LMS tiveram por objetivo adequar a legislação à evolução tecnológica. Não obstante, de forma inexplicável, o legislador de 2009 manteve a previsão da possibilidade de impetração de mandado de segurança por telegrama e radiograma. Não há qualquer prejuízo em fazê-lo, mas diante dos raros casos (se é que existiu algum) de impetração de mandado de segurança por telegrama ou radiograma, seria melhor que essas possibilidades fossem suprimidas, sendo mencionados outros meios eletrônicos.

E nem se diga que advogados mais experientes e com pouca intimidade com novas tecnologias poderiam ter cerceada a possibilidade de impetração de mandados de segurança com essa supressão. As máquinas de fax não são exatamente uma tecnologia nova e há máquinas de fax em todo o país. Aliás, é muito comum, mesmo em comarcas menores, que no próprio fórum ou em local próximo exista uma sala da OAB com uma máquina de fax passível de utilização por qualquer advogado, com a ajuda de empregados da OAB.

Ainda, mesmo passados mais de 50 anos entre a Lei 1.533/51 e a Lei 12.016/09, o legislador manteve a mesma e ultrapassada previsão de ser necessária a transmissão da sentença que julgar procedente o mandado de segurança à autoridade coatora por meio de correspondência com aviso de recebimento ou por oficial de justiça (art. 13).

E se previu que somente em casos de urgência será possível transmitir a sentença por meio de fax, telegrama, radiograma ou meio eletrônico (art. 4º).

Seria possível considerar que a inclusão da possibilidade de utilização de fax e de meios eletrônicos para efetuar a transmissão da sentença seria um avanço, pois não havia essa previsão no artigo 11 da Lei 1.533/51. No entanto, a "Lei do Fax" (Lei 9.800/99) já previa, de forma genérica, a possibilidade de comunicação. E a lei do processo eletrônico se aplica a todos os processos judiciais, não havendo necessidade de menção expressa a seu respeito.

Portanto, não há inovação em se permitir que a autoridade coatora seja comunicada por fax ou por meio eletrônico acerca da sentença que julgar procedente o mandado de segurança. Na realidade, a Lei 12.016/09 trouxe um retrocesso nesse aspecto, pois restringiu essa comunicação a hipóteses de urgência (art. 13, par. ún., e art. 4º, §1º), mesmo não existindo essa restrição nas Leis do Fax e do Processo Eletrônico.

Tendo em vista que no artigo 11 da Lei 1.533/51 constava a possibilidade de comunicação da sentença por meio de telegrama, radiograma e até mesmo telefonema – desde que a sentença fosse apresentada à agência expedidora com a firma do juiz reconhecida – parece claro que a intenção do legislador de 2009 foi efetivamente vedar a possibilidade de envio, em casos que não são considerados urgentes, da sentença de procedência por fax ou meio eletrônico.

A nova regulamentação da forma de comunicação da sentença de procedência do mandado de segurança não é apenas um retrocesso legislativo. É um retrocesso em termos práticos, uma verdadeira volta ao passado, e um bloqueio a inovações tecnológicas futuras. E – o pior de tudo – é frontalmente contrária à própria idéia do mandado de segurança e ao seu procedimento.

Há uma clara tendência de informatização do processo civil. Além disso, uma das principais justificativas para a existência do mandado de segurança e para sua manutenção

do sistema jurídico é a celeridade de seu procedimento. Entretanto, sendo mantida como regra a comunicação por meio de carta com aviso de recebimento ou por oficial de justiça, como previsto no artigo 13 da LMS, em pouco tempo, nesse aspecto, o procedimento do mandado de segurança será mais lento que o procedimento comum ordinário.

O mandado de segurança deveria ser pioneiro em inovações ligadas à celeridade processual e não conter dispositivos que a impeçam.

O legislador não deveria ter restringido a possibilidade de comunicação da sentença à autoridade coatora por fax ou meio eletrônico apenas às hipóteses de urgência. Aliás, a regra já deveria ter passado a ser a comunicação por meio eletrônico, sendo prevista, de forma subsidiária, a utilização do fax. Em seguida admitir-se-ia a utilização dos correios e só em último caso deveria ser admitida a utilização do oficial de justiça.

O que se observa atualmente, em relação à utilização dos meios eletrônicos para a comunicação dos atos processuais, é um movimento semelhante ao de cerca de 20 anos atrás, quando se alterou a regra referente às formas de citação, passando a ser regra a citação por carta e não mais por oficial de justiça (artigo 224 do CPC, com a alteração feita pela Lei 8.710/1993).

É inadmissível que o mandado de segurança, que deveria ter o mais célere de todos os procedimentos, não apenas passe ao largo dessas inovações como protagonize um retrocesso.

Mallet critica a menção à necessidade de utilização dos correios e de oficial de justiça para comunicação da sentença de procedência à autoridade coatora, afirmando que "*a evolução tecnológica permite chamar de arcaicas*" essas formas de comunicação. Considera não ser necessária a urgência para ser possível a comunicação por meio eletrônico.[333]

Felizmente, na prática, sempre será possível invocar o artigo 248 do Código de Processo Civil para se considerar eficazes as comunicações, desde que comprovado o efetivo recebimento da decisão pela autoridade coatora.

---

[333]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, p. 40.

4.3.2 A urgência como requisito para a prática de atos por meio eletrônico

Um ponto que o legislador deveria ter alterado é o requisito da urgência para fins de impetração de mandado de segurança por meio que a distribuição da inicial por meio físico e para que a comunicação do julgamento de procedência da demanda seja feita de forma eletrônica.

Aliás, em relação à possibilidade de intimação da autoridade da sentença que julgar procedente o mandado de segurança houve claro retrocesso. A norma anterior (Lei 1.533/51, art. 11) estabelecia que a sentença poderia ser transmitida à autoridade coatora por oficial de justiça, carta, telegrama, radiograma ou até mesmo por telefone, bastando que, nesses últimos três casos, fosse apresentada à agência expedidora uma via original da sentença com a firma do juiz reconhecida. E o mais importante: a escolha da forma de envio da sentença cabia ao impetrante, de forma que a parte beneficiada pela concessão da segurança é que poderia determinar o grau de urgência na comunicação da decisão à autoridade coatora. E a forma de transmissão poderia ser já escolhida na petição inicial, não havendo necessidade de ser apresentada petição com esse fim.

A Lei 12.016/09 suprimiu essa faculdade do impetrante. Por força do parágrafo único de seu artigo 13, cabe ao juiz analisar a urgência na transmissão da sentença à autoridade coatora e, se considerar que há urgência, determinar que a transmissão seja realizada por uns dos meios descritos no artigo 4º. A situação dos impetrantes certamente piorou com a entrada em vigor da LMS.

De qualquer modo, mesmo com a legislação atual é possível considerar válidas todas as formas de intimação da autoridade. Há apenas um requisito de validade: deve haver comprovação da ciência. O objetivo da intimação é justamente o de dar conhecimento à autoridade acerca do teor da decisão judicial. Sendo alcançada essa finalidade a intimação será válida. Aplica-se ao processo de mandado de segurança o artigo 249 do CPC, que positiva o princípio da instrumentalidade das formas.

Portanto, a despeito do retrocesso dos artigos 4º e 13 da LMS, são válidas, por força do artigo 249 do CPC, todas as formas de entrega da intimação à autoridade coatora,

sendo recomendável, para fins de conferir maior celeridade ao processo, que as intimações sejam feitas por e-mail.

4.3.3 Inaplicabilidade do §2º do artigo 4º

Outro retrocesso foi a inclusão do §2º do no artigo 4º da LMS. Esse artigo determina a apresentação do "texto original" da petição enviada por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico, em até cinco dias úteis, contados da data de envio da petição.

Há uma relevante diferença em relação à Lei 9.800/99, pois na LMS se estabelece que o prazo de cinco dias é contado em dias úteis e não em dias corridos, como ocorreu na Lei 9.800/99. Assim, o §2º do artigo 4º faz com que, na prática, o prazo para apresentação da via original, quando se tratar de mandado de segurança, seja maior que o em todos os demais processos.

Apesar de se tratar de uma inovação que beneficia o impetrante, aumentando o prazo para o protocolo dos originais, a mudança é contrária à finalidade do mandado de segurança. Em se tratando de um processo com rito mais célere que os demais e sendo essa a principal justificativa de sua existência, não faz sentido que qualquer prazo, em mandado de segurança, seja mais longo que os prazos existentes em todos os outros processos.

Deixada a incongruência da alteração à parte, notam-se dois grandes problemas no §2º do artigo 4º da LMS. O primeiro é sua total inaplicabilidade aos processos totalmente digitais, que não existem em papel. O segundo é a repetição de uma norma legal (com a alteração apenas de forma de contagem do prazo, como exposto) que começou a ser considerada supérflua e que deveria ser ignorada por todos os tribunais.

O Tribunal Superior Eleitoral, há alguns anos, começou a considerar dispensável a apresentação das vias originais quando o protocolo da peça processual é realizado por

fax.[334] A justificativa para tanto é a necessidade de os processos que tramitam perante a Justiça Eleitoral têm de tramitar da forma mais célere possível.

Em sendo essa a justificativa, com muito mais razão esse entendimento se aplica aos processos de mandado de segurança. Assim é que, a despeito do inegável retrocesso gerado pelas alterações realizadas no artigo 4º da LMS, a necessidade de apresentação dos originais, prevista no §2º desse mesmo artigo, deve ser ignorada não apenas nos processos que não existem em meio físico, mas sim em todos os processos de mandado de segurança.

4.4 Regulamentação do mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo, criado pela Constituição Federal de 1988,[335] é uma espécie de mandado de segurança, com duas peculiaridades em relação ao chamado mandado se segurança "individual": os legitimados para a impetração e os direitos defendidos.

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (CF, art. 5º, inc. LXX, alíneas "a" e "b"). E os legitimados agem não na defesa de interesses próprios, mas sim na defesa dos interesses de seus membros ou associados, possuindo legitimação extraordinária. José Cretella Júnior afirma que se trata de um caso de substituição processual, considerando que nesses casos o substituto atua em nome próprio, mas em defesa de direitos do substituído, que não é parte no processo.[336]

O nome dado pelo legislador constituinte para esse remédio foi muito criticado em sede doutrinária. São três os principais argumentos para se demonstrar a impropriedade

---

[334]- *"A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se pela mitigação da exigência do art. 2º da Lei nº 9.800/99. Dessa forma, tornou-se prescindível, na praxe eleitoral, a posterior apresentação dos originais dos recursos interpostos via fac-símile."* (TSE, EDcl no RMS 514-SE, rel. Min. José Augusto Delgado, j. 14.08.2007).

[335]- De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, seu surgimento está diretamente ligado à evolução da sociedade para uma sociedade de massa, que gerou um direito de massa e a consequente necessidade de um processo civil de massa, capaz de proteger adequadamente grande número de pessoas (Cândido Rangel Dinamarco, *Vocabulário do Processo Civil*, p. 50).

[336]- José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 58.

dessa denominação: esse tipo de mandado de segurança não é utilizado apenas a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*; sua utilização não é por uma coletividade em si, mas por uma pessoa jurídica que a representa; e o mandado de segurança "individual" também pode ser utilizado para a defesa de direitos de várias pessoas, seja por meio da substituição processual autorizada pelo §3º do artigo 1º da LMS (correspondente ao §2º do artigo 1º da Lei 1.533/51), seja em litisconsórcio ativo. [337]

Entretanto, a terminologia acabou por se consagrar, tanto por estar inserida no inciso LXX do artigo 5º da CF quanto por ser a denominação mais simples, sendo utilizada de forma unânime pelos operadores do direito.

Trata-se, portanto, de uma espécie de mandado de segurança, submetida às mesmas normas que regem o mandado de segurança individual. O entendimento doutrinário a esse respeito é praticamente unânime,[338] sendo digna de nota a posição divergente de Sergio Ferraz, que considera o mandado de segurança coletivo como uma nova categoria de mandado de segurança.[339]

No entanto, essas duas questões – legitimação e interesses defendidos – se confundem, a ponto de José Cretella Júnior defender que existe apenas uma diferença: a natureza dos impetrantes.[340] Já Uadi Lamêgo Bulos entende que a especificidade do mandado de segurança coletivo é a natureza dos direitos defendidos e que a legitimação para a impetração foi expandida justamente para permitir a defesa desses direitos.[341]

Sua criação consistiu, inegavelmente, em um avanço. Antes do mandado de segurança coletivo grupos de pessoas que tinham seus direitos violados acabavam por se reunir e contratar um único advogado (ou escritório de advocacia) para impetrar um único mandado de segurança, em litisconsórcio ativo. Com a criação do mandado de segurança coletivo – e, principalmente, com a dispensa da necessidade de autorização dos representados para que seja feita a impetração – a defesa dos direitos transindividuais se

---

[337]- Sobre as críticas ao uso do termo "coletivo" para designar essa espécie de mandado de segurança, v., por todos, Uadi Lamêgo Bulos, *Mandado de Segurança Coletivo*, pp. 42-44.
[338]- V. por todos, Humberto Theodoro Junior, *O Mandado de Segurança Coletivo em Cotejo com as Ações Coletivas Constitucionais*, p. 190.
[339]- Em suas palavras: "*vemos, in casu, uma nova categoria de mandado de segurança, nascida das necessidades do controle da autoridade e dos anseios da sociedade de massas, com condições próprias da ação; legitimação ativa e passiva e interesse de agir especiais e peculiares; como até peculiar também o objeto da ação*" (Sergio Ferraz, *Mandado de Segurança*, p. 78).
[340]- José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 3.
[341]- Uadi Lamêgo Bulos, *Mandado de Segurança Coletivo*, p. 36.

tornou mais simples, especialmente quando o grupo de pessoas é muito grande ou quando se trata de número indeterminado.

Havia também discussão acerca da possibilidade de impetração de mandado de segurança por pessoas jurídicas, agindo em substituição processual. Foi em razão dessa discussão que na Constituição Federal de 1967 foi incluída a palavra "individual" nos dispositivos que trataram do mandado de segurança (CF 1967, art. 150, §§4º e 21). Por essa razão, pessoas jurídicas em geral, quando agiam na defesa de direitos de seus associados, faziam uso de ações declaratórias e não de mandados de segurança.[342]

José Cretella Júnior afirma que, antes da criação do mandado de segurança coletivo, foram impetrados vários mandados de segurança por parte de partidos políticos, sindicatos e entidades de classe, mas nunca houve sucesso. Nossos tribunais decidiram que a personalidade jurídica desses entes não se confunde com a de seus membros e que, desse modo, não teriam legitimidade para defendê-los.[343]

Na realidade, contudo, o STF, em 1970, em razão do disposto no artigo 513 da CLT e considerando a supressão do termo "individual" do artigo 150, §21, da Constituição Federal de 1967, supressão essa realizada pela Emenda Constitucional 1, de 17.10.69, passou a aceitar a impetração de mandado de segurança por sindicatos na defesa dos interesses gerais da categoria por ele representada ou, ainda, de interesses individuais dos associados relacionados com a atividade ou ofício. Decidiu-se que, nesses casos, o sindicato poderia agir como substituto processual de seus membros.[344] O mesmo ocorreu em 1975.[345]

No Tribunal Federal de Recursos adotou-se linha semelhante: considerou-se possível a impetração de mandado de segurança por parte de sindicato em defesa de seus membros, mas se defendeu "*Não se tem, pois, em caso assim, substituição processual, mas, simplesmente, representação*".[346]

---

[342]- V., a esse respeito, José Cretella Júnior, *Comentários às Leis do Mandado de Segurança*, pp. 87-88.
[343]- A respeito de exemplos dos mandados de segurança impetrados por partidos políticos, sindicatos e entidades de classe e as decisões proferidas nesses processos, v. José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, pp. 56-57.
[344]- STF, Tribunal Pleno, MS 18.428-DF, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 21.08.1970.
[345]- STF, 2ª Turma, RE 80.011-SC, rel. Min. Thompson Flores, DJ 12.09.1975.
[346]- Cf. Edilson Pereira Nobre Júnior, *Mandado de Segurança Coletivo e sua Impetração por Partido Político*, p. 45.

Entretanto, a criação do mandado de segurança coletivo alargou de modo considerável o rol de legitimados para a impetração de mandado de segurança em defesa de terceiros.

E a partir de sua criação o mandado de segurança coletivo passou a ser utilizado com frequência. Considerando-se que se trata de uma garantia fundamental, sendo necessário conferir-lhe máxima efetividade, foram buscadas as normas que lhe seriam aplicáveis de forma subsidiária, pois havia somente duas normas que o regulamentavam diretamente: o inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, que traz os entes legitimados para sua propositura e especifica a possibilidade de agir em defesa de seus membros ou associados; e o artigo 2º da Lei 8.437/92, que determina ser necessária a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica interessada na causa antes da concessão de liminares em mandados de segurança coletivos e em ações civis públicas. Além disso, nada havia.

Esse vácuo legislativo apenas foi reduzido com a Lei 12.016/09, que, em seus artigos 21 e 22, trouxe novas normas para regulamentar o mandado de segurança coletivo. Por essa razão, muitos dos juristas que analisaram a Lei 12.016/09 consideraram que a maior novidade por ela trazida foi a regulamentação do mandado de segurança coletivo.[347] E Humberto Theodoro Júnior considera que a Lei 12.016/09 conseguiu acabar com polêmicas que existiam a respeito do mandado de segurança coletivo.[348]

Mas, como será exposto, trata-se, na realidade, de um retrocesso. Embora possa até se considerar que houve algum avanço, já que a partir da Lei 12.016/09 passou a haver normas expressas tratando de alguns dos pontos do mandado de segurança coletivo, considerando-se as normas que estavam sendo aplicadas por analogia ao mandado de segurança coletivo pode-se afirmar que houve um retrocesso, pois a Lei 12.016/09 acabou por restringir sua utilização.

---

[347]- Nesse sentido: Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos. *O Mandado de Segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009*, pp. 200-201.

[348]- Humberto Theodoro Junior, *O Mandado de Segurança Coletivo em Cotejo com as Ações Coletivas Constitucionais*, p. 191.

Mallet afirma que, ao tratar do mandado de segurança coletivo, "*a nova Lei, quando não erra – como faz ao estabelecer condicionante para o deferimento de medida liminar – nada traz de significativo*" [349].

O primeiro problema é a respeito da redação do artigo 21 da LMS. Apesar de a definição de mandado de segurança coletivo se encontrar no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, o legislador ordinário optou por não reproduzir o texto desse inciso na LMS. Aliás, muito antes do advento da Lei 12.016/09, José Cretella Júnior já afirmava que a redação da norma constitucional "*é satisfatória, devendo a futura norma regulamentadora transcrevê-la, pura e simplesmente, em razão dos elementos que a integram*".[350]

E a redação apresentada pela LMS é muito inferior à da norma constitucional. Todas as alíneas do inciso LXX da CF foram agrupadas no *caput* do artigo 21 da LMS. O resultado é uma redação confusa. Ainda, foram incluídos incisos nesse artigo, disciplinando os direitos que podem ser defendidos. O que parece é que o legislador tentou economizar nos artigos de lei, agrupando em um mesmo artigo diversas matérias.

Ainda, não foi prevista expressamente na Lei 12.016/09 a possibilidade de dispensa do requisito de constituição prévia do impetrante, como ocorre na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 5º, §4º) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 82, §1º).[351] A regulamentação do mandado de segurança coletivo, nesse aspecto, é inferior à das demais ações coletivas.

Não faria sentido que somente para a impetração de mandado de segurança coletivo não fosse possível dispensar o requisito da constituição prévia, de forma que as normas acima citadas se aplicam, por analogia, ao mandado de segurança coletivo. Mas, considerando-se os objetivos da elaboração da Lei 12.016/09, especialmente o de facilitar a compreensão do mandado de segurança, deveria o legislador ter previsto expressamente essa possibilidade, dispensando o intérprete de aplicar por analogia o §4º do artigo 5º da Lei 7.347/85 e o §1º do artigo 82 da Lei 8.078/90.

---

[349]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: avanço ou retrocesso?*, p. 44.
[350]- José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 1.
[351]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: avanço ou retrocesso?*, p. 44.

A ausência de menção expressa a esse respeito ainda abre a possibilidade de interpretações formalistas, que têm por base a afirmação de que o intuito do legislador seria claro ao não prever, propositalmente, a possibilidade de dispensa do requisito de constituição prévia.

Há ainda pontos específicos a respeito do mandado de segurança que se aplicam ao mandado de segurança coletivo e não às demais ações coletivas e que não foram regulamentados pelo legislador. Um desses pontos é o prazo para impetração ou, mais especificamente, o termo inicial de sua fluência. Não há previsão de quando começa a correr, ou seja, de quem deve tomar ciência do ato a ser impugnado, se um dos substituídos ou a pessoa jurídica que fará a impetração.

O Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a dificuldade de se determinar a data de ciência de determinado ato administrativo quando seus efeitos atingem um grande número de pessoas, decidiu que, em se tratando de mandado de segurança coletivo, o prazo para a impetração começa a correr quando da publicação do ato impugnado.[352]

Contudo, Athos Gusmão Carneiro[353] e Edilson Pereira Nobre Júnior[354] ressaltam que, caso algum indivíduo tenha sido notificado do ato administrativo antes de sua publicação, o prazo para impetração do mandado de segurança individual terá começado nessa data. Desse modo, caso o prazo já tenha terminado quando da data de impetração do mandado de segurança coletivo os indivíduos não se beneficiarão de eventual sentença concessiva da segurança.

Outro ponto a ser considerado é que a definição de direitos individuais homogêneos feita no inciso II do artigo 21 da Lei 12.016/09 é diferente da feita no inciso III do artigo 81 do CDC. Enquanto esta norma estabelece serem direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum, aquela acrescenta ser necessário que, além da origem comum, os direitos decorram "*da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante*". Trata-se de norma mais restritiva, que torna o mandado de segurança coletivo uma ação de âmbito mais restrito que as demais ações coletivas.

---

[352]- Nesse sentido: MS 5.788-DF e AgRg no MS 9.400-DF.
[353]- Athos Gusmão Carneiro, *O Mandado de Segurança Coletivo e Suas Características Básicas*, p. 43.
[354]- Edilson Pereira Nobre Júnior, *Mandado de Segurança Coletivo e sua Impetração por Partido Político*, p. 63.

Mallet considera que a definição legal constante da LMS é inadequada, tendo em vista que para a definição da homogeneidade o que importa é a prevalência dos aspectos comuns em relação aos individuais e não a origem dos direitos. Cita a *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, que traz exatamente essa definição.[355] E também defende que não é exigível identidade dos direitos, admitindo que exista alguma diversidade na situação dos envolvidos.

4.4.1 Legitimação dos partidos políticos

Como exposto, o legislador incluiu no *caput* do artigo 21 da LMS, com redação pior, as alíneas "a" e "b" do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal. Assim como ocorre com a definição do mandado de segurança individual, a redação da norma constitucional é superior à da LMS, não havendo razão para que não tenha sido simplesmente reproduzida pela Lei 12.016/09. Essa atitude também estaria de acordo com os objetivos da Lei, pois tornaria uniforme a redação das normas que tratam do tema.

Não foi esse o realizado. O resultado é uma redação confusa, que não permite distinguir facilmente os requisitos para a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político e os que dizem respeito apenas aos demais legitimados, constantes da alínea "b" do permissivo constitucional. Para separar esses requisitos é necessário valer-se da Constituição.

Assim, se a interpretação das normas constitucionais já suscitava dúvidas (e efetivamente o fazia), com a Lei 12.016/09 essas dúvidas aumentaram.

Na norma constitucional é separada a alínea "a", que trata da legitimação dos partidos políticos, da alínea "b", que trata dos demais legitimados para impetrar mandado de segurança coletivo. Desse modo, era possível interpretar que as duas restrições existentes na alínea "b" não se aplicavam aos partidos políticos, ou seja, que estes poderiam impetrar mandado de segurança coletivo mesmo que não estivessem em

[355]- Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, p. 44.

funcionamento há ao menos um ano e para a defesa de interesses de pessoas que não são seus membros.

Essa questão surgiu logo após o advento da Constituição Federal de 1988. E foram formuladas três correntes de pensamento.

A primeira é defendida por Ada Pellegrini Grinover, que defende ser necessário interpretar as alíneas do inciso LXX do artigo 5º da CF da forma mais ampla possível, para que lhes seja conferida a maior eficácia. Fazendo uso dessa forma de interpretação, os partidos políticos estariam legitimados a defender direitos de todas as naturezas jurídicas, não apenas os direitos eleitorais, e poderiam defender direitos difusos em geral, que não pertençam pessoas que não sejam seus membros, como direitos do consumidor ou dos contribuintes.[356] O mesmo entendimento é defendido por Carlos Ari Sundfeld[357] e por diversos outros juristas.[358]

Uma segunda corrente, mais restritiva, é defendida Athos Gusmão Carneiro, que considera possível que os partidos políticos impetrem mandados de segurança coletivos em defesa de interesses que não sejam apenas os de seus membros, mas desde que haja vinculação entre suas finalidades e os direitos defendidos. Assim, considera que somente poderiam ajuizar mandados de segurança coletivos relativos à defesa da "*generalidade dos cidadãos*", ou seja, não apenas aos pertencentes a uma classe.[359]

A terceira corrente argumentativa é a de que os partidos políticos podem defender, por meio de mandado de segurança coletivo, todos os direitos previstos no artigo 1º da Lei 9.096/95, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, independentemente de pertencerem a seus membros. Sua legitimação seria então para a defesa dos direitos humanos fundamentais, do regime democrático e da autenticidade do sistema representativo. Posiciona-se nesse sentido Lúcia Valle Figueiredo.[360] Carlos Mário da Silva Velloso também considera que o direito a ser defendido no mandado de segurança coletivo impetrado por partido político

---

[356]- Ada Pellegrini Grinover, *Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada*, p. 79.
[357]- Carlos Ari Sundfeld, *Mandado de Segurança Coletivo na Constituição de 1988*, in "Revista de Direito Público", São Paulo, n. 89, a. 22, jan.-mar. 1989, pp. 41-42.
[358]- V., por todos, Edilson Pereira Nobre Júnior, *Mandado de Segurança Coletivo e sua Impetração por Partido Político*, p. 47.
[359]- Athos Gusmão Carneiro, *O Mandado de Segurança Coletivo como Garantia dos Cidadãos*, p. 230.
[360]- Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de Segurança*, pp. 42-45.

deve ser de natureza política ou pertencente ao partido político. Entretanto, afirma que somente os filiados ao partido poderiam ser defendidos.[361]

A última e mais restritiva corrente de pensamento é a defendida por Calmon de Passos. Para ele, os partidos políticos somente poderiam impetrar mandado de segurança coletivo quando não existir qualquer outra entidade que possa fazê-lo, ou seja, que represente aqueles que terão seus direitos defendidos pelo mandado de segurança coletivo.[362]

O Supremo Tribunal Federal, em 1990, adotou a posição mais restritiva, considerando que os partidos políticos somente poderiam impetrar mandado de segurança coletivo em defesa de seus membros, apenas para a defesa de direitos políticos e, ainda, somente se houvesse autorização legal ou no estatuto do partido. Esse entendimento foi mantido por mais de uma década.[363]

Entretanto, parece que deve prevalecer a corrente que defende a ampliação máxima das possibilidades de utilização do mandado de segurança coletivo por partidos políticos. O principal argumento é o mesmo mencionado anteriormente: em se tratando de uma garantia constitucional, quando houver dúvida a respeito das limitações à sua utilização deve sempre prevalecer o entendimento que lhe confere maior efetividade. E o texto constitucional não é claro a respeito da existência de limitações para a utilização de mandados de segurança coletivos por partidos políticos.

Mas é fora de dúvida que o legislador perdeu a oportunidade de regulamentar de forma mais clara e mais detalhada o mandado de segurança coletivo, especialmente no que toca à sua utilização por partidos políticos.

4.4.2 Legitimação dos sindicatos, entidades de classe e associações

---

[361]- Carlos Mário da Silva Velloso, *Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988*, p. 97.
[362]- J. J. Calmon de Passos, *Mandado de Segurança Coletivo – Mandado de Injunção – Habeas Data*, pp. 22-23.
[363]- Sobre os julgamentos do STF a respeito da legitimação dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo, v. Edilson Pereira Nobre Júnior, *Mandado de Segurança Coletivo e sua Impetração por Partido Político*, pp. 49-54.

O segundo rol de legitimados para a propositura de mandado de segurança coletivo consta da alínea "b" do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se dos sindicatos, entidades de classe e associações.

Como mencionado, esses entes têm maiores restrições que os partidos políticos, pois os requisitos contidos na citada alínea "b" claramente lhes são aplicáveis. Portanto, para que estejam legitimados à impetração é necessário que estejam constituídas há mais de um ano e que hajam em defesa de seus membros ou associados.

Quanto a esses dois requisitos parece não haver dúvida. José Cretella Júnior manifesta-se no sentido de ser exigível para a impetração de mandado de segurança coletivo tanto a constituição prévia há um ano e no sentido de esse remédio legal somente poder ser utilizado para a defesa apenas dos interesses de seus associados.[364]

Em relação aos sindicatos, a regulamentação também é feita pelo inciso III do artigo 8º da Constituição Federal. Dispõe essa norma que os sindicatos possuem legitimidade para defender judicial ou extrajudicialmente os interesses e direitos coletivos ou individuais da categoria. Essa norma, interpretada conjuntamente com o inciso LXX do artigo 5º da CF, torna claro que os sindicatos somente têm legitimação para impetrar mandado de segurança em defesa de seus membros e que tenham por objeto a defesa de direitos da categoria defendida, ou seja, direitos de natureza trabalhista.

Essa interpretação está de acordo com um dos fundamentos da existência dos sindicatos, que é a defesa dos interesses de uma categoria de trabalhadores de forma conjunta. Não é sua função a defesa de direitos pertencentes a outras pessoas.

Consequentemente, é vedado ao sindicato defender direitos que não os da categoria por ele representada ou os que sejam da categoria, mas não digam respeito ao sindicato (por exemplo, direitos do consumidor de seus membros).[365]

A conclusão é a mesma em relação às entidades de classe e associações,: a alínea "b" do inciso LXX do artigo 5º da CF impõe a defesa apenas dos direitos de seus associados, sendo vedada a defesa de direitos alheios.[366] Deve-se ressaltar que dentre essas

---

[364]- José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, pp. 63 e 67-68.
[365]- "*No entanto, a tutela de interesses, alheios à finalidade básica do sindicato, não pode ser protegida pelo mandado de segurança coletivo*" (José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 69).
[366]- Nesse sentido: José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, p. 71.

entidades se encontram também os conselhos profissionais, como a OAB, a despeito de sua natureza jurídica ser a de autarquia. E a legitimação se estende tanto aos conselhos federais quanto aos estaduais, que têm personalidade jurídica própria e podem agir para a defesa de seus membros.

Mas antes da entrada em vigor da Lei 12.016/09 havia algumas dúvidas a respeito do mandado de segurança coletivo impetrado por associações, sindicatos e entidades de classe.

A primeira era se o julgador poderia dispensar o requisito da constituição prévia por um ano, como ocorre com o §1º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, quando houver "*manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido*".

O legislador de 2009 acabou por não se manifestar a esse respeito. Nos artigos 21 e 22 da LMS nada consta a respeito da possibilidade de dispensa do requisito de constituição prévia, se presente alguma das hipóteses elencadas no §1º do artigo 82 do CDC.

No entanto, diante da lacuna da Lei 12.016/09, essa norma parece perfeitamente aplicável, pois é compatível com o mandado de segurança coletivo e contribui para que lhe seja conferida máxima efetividade. Afinal, consoante o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, anteriormente chamada de Lei de Introdução ao Código Civil,[367] em havendo lacuna na lei o juiz deve aplicar a analogia – justamente o que se defende em relação ao §1º do artigo 82 do CDC.

A segunda dúvida era a respeito dos direitos que poderiam ser defendidos por meio de mandado de segurança coletivo. Caso a legitimação esteja adstrita à defesa dos direitos dos associados, evidentemente não será possível a defesa de interesses difusos.

Houve polêmica a esse respeito. A primeira corrente doutrinária defendeu que haveria legitimação para a defesa de interesses difusos, desde que seus membros também

[367]- O Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, foi chamado por mais de seis décadas de "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro". No entanto, em 31 de dezembro de 2010 foi promulgada a Lei 12.376, que teve como único objeto a alteração do nome do Decreto-Lei 4.657/42 para "Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro". Consta do artigo 1º dessa lei que, por alterar o nome da LICC, estaria ampliando seu campo de atuação. Presume-se, então, que o legislador considerou, de forma totalmente equivocada, que a LICC se aplicava apenas ao Código Civil ou ao direito civil, e que a alteração de seu nome mudaria seu âmbito de aplicação.

tivessem seus direitos afetados pelo ato lesivo. Já a segunda defendida ser necessária correlação entre os direitos defendidos e os direitos de seus associados.[368]

Em julgamento realizado em 2006, o STJ considerou que o Ministério Público tem legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo e, ainda, para defender direitos difusos, por força do disposto no artigo 127 da Constituição Federal.[369]

Nesse ponto houve posicionamento por parte do legislador, pois nos incisos I e II do artigo 21 consta, expressamente, que podem ser defendidos direitos coletivos e individuais homogêneos e, especificamente, que somente podem ser defendidos direitos da totalidade ou de parte dos associados (LMS, art. 21, *caput*). Não é possível, portanto, a defesa de direitos de pessoas estranhas à entidade associativa.

Entretanto, a ausência de menção expressa à possibilidade de defesa de direitos difusos, a despeito de tornar clara a opção do legislador por excluir esses direitos dos que podem ser defendidos por mandado de segurança coletivo, tornou a lei lacunosa, permitindo ser mantida a interpretação de que esses direitos podem ser defendidos por mandado de segurança coletivo.

A terceira dúvida dizia respeito à necessidade de autorização especial dos substituídos para que fosse possível a impetração de mandado de segurança coletivo para defender seus direitos. Havia divergência doutrinária a esse respeito. José Cretella Júnior defendia ser necessária a autorização prévia, obtida em assembléia geral, na qual a maioria dos membros da entidade se manifestasse de forma favorável à impetração, para que esta fosse possível, sendo ainda necessário instruir a petição inicial com cópia da ata de assembléia. Sem esse documento a entidade somente pode impetrar mandado de segurança individual, em defesa de seus próprios direitos.[370]

Mas mesmo antes da entrada em vigor da Lei 12.016/09 o Supremo Tribunal Federal consolidou sua jurisprudência a esse respeito. Sua súmula 629 tem a seguinte redação: "*A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.*".

---

[368]- V., por todos, Humberto Theodoro Junior, *O Mandado de Segurança Coletivo em Cotejo com as Ações Coletivas Constitucionais*, pp. 196-197.
[369]- Tratava-se de mandado de segurança coletivo impetrado com o objetivo de garantir o direito de creche a crianças de zero a seis anos (STJ, 1ª Turma, REsp. 736.524-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.03.2006).
[370]- José Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança Coletivo*, pp. 79-80.

Tendo em vista que essa súmula foi aprovada em 2003, seu teor não foi considerado pela comissão de juristas que elaborou o projeto de lei, entregue em 2001. E esse entendimento foi ignorado pelo Congresso Nacional durante a tramitação do projeto de lei.

No entanto, felizmente, a Lei 12.016/09 trouxe previsão que condiz com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Constar expressamente da LMS, na parte final do *caput* do artigo 21, que é dispensada a autorização especial para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo.

Mas a redação do artigo 21 da LMS, como mencionado, não é das mais claras. O fato de haver menção à desnecessidade de autorização "especial" levanta dúvidas sobre a necessidade de uma autorização genérica, para a impetração de mandados de segurança coletivos em geral, prevista nos estatutos das entidades legitimadas para a impetração.

A quarta dúvida é a respeito da chamada "pertinência temática" a justificar a legitimação, ou seja, a relação entre os objetivos da entidade legitimada e o objeto do mandado de segurança coletivo.

A Constituição Federal nada estabelece a esse respeito no tocante aos partidos políticos. E, em relação aos demais legitimados, apenas afirma que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado para a defesa "*dos interesses de seus membros ou associados*" (CF, art. 5º, inc. LXX, alínea "b"). A princípio, portanto, há limitação quanto às pessoas que podem ser defendidas, mas não acerca dos tipos de direitos. Em se tratando dos direitos de seus membros, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado para a defesa de qualquer tipo de direitos.

A Lei 12.016/09, inovando nesse aspecto, estabeleceu que o mandado de segurança coletivo apenas pode ser impetrado por sindicatos, associações e entidades de classe "*na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades*" (art. 21, *caput*). Por essa razão, defende Humberto Theodoro Júnior que o mandado de segurança coletivo, quando impetrado por sindicato, associação ou entidade de classe, "*tem de versar*

sobre direitos dos associados correlacionados com a finalidade estatutária da instituição associativa.”.[371]

Em relação a sindicatos, tanto o STF quanto o STJ adotam o mesmo entendimento. A aplicação conjunta do artigo 5º, inciso LXX, alínea “b”, com o artigo 8º, inciso II, ambos da Constituição Federal, faz com que a exigência da pertinência temática seja mitigada. Os sindicatos podem agir em defesa dos direitos de seus membros, desde que se trate de direito compreendido nas atividades de seus associados. Não é necessário, contudo, que se trate de direito exclusivo da classe de trabalhadores representada pelo sindicato.[372]

Ainda, não é requisito da impetração de mandado de segurança coletivo a obtenção, por parte de sindicato, de autorização expressa dos seus membros. O STF consolidou o entendimento de que sua súmula 629 também se aplica aos sindicatos, e o STJ vem seguindo a mesma linha.[373]

A quinta e última dúvida que existia a esse respeito era acerca da possibilidade de um dos legitimados para a impetração de mandado de segurança coletivo fazer uso desse remédio para a defesa de apenas parte da categoria por ele representada. Também em 2003 o STF editou súmula sobre esse tema. Dispõe sua súmula 630 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.*”.

A Lei 12.016/09 acabou por positivar esse entendimento. Consta do *caput* de seu artigo 21 que a o mandado de segurança coletivo pode ser utilizado para a defesa de direitos “*da totalidade, ou de parte, de seus membros ou associados*”.

4.4.3 Liminar no mandado de segurança coletivo

---

[371]- Humberto Theodoro Junior, *O Mandado de Segurança Coletivo em Cotejo com as Ações Coletivas Constitucionais*, p. 198.

[372]- "o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe" (STF, Tribunal Pleno, RE 181.438-SP, rel. Min. Carlos Velloso). No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp. 1.243.386-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.06.2012.

[373]- V., por todos, STJ, 2ª Turma, REsp. 818.720-SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.08.2009.

A respeito da liminar em mandado de segurança coletivo o legislador apenas reproduziu, no §2º do artigo 22 da LMS, o que já constava do artigo 2º da Lei 8.437/92: a liminar somente poderá ser concedida depois da oitiva do representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada, sendo que o prazo para manifestação é de setenta e duas horas.

Há alguns problemas nessa norma que não foram solucionados pelo legislador de 2009.

O primeiro é a manutenção do termo "audiência" do representante judicial da pessoa jurídica interessada, termo que não pode ser tomado literalmente. Evidentemente é incompatível com o procedimento do mandado de segurança a designação de uma audiência para a oitiva do representante legal da pessoa jurídica. A manifestação se dará por escrito, no prazo de setenta e duas horas, e não em audiência. Por essa razão esse prazo, na prática, acaba sendo muito mais longo, pois é necessária a intimação pessoal do representante legal da pessoa jurídica, a apresentação da manifestação por escrito, a juntada dessa manifestação aos autos (quando não se tratar de processo eletrônico) e o envio dos autos ao juiz – todos atos que demandam tempo.

Considerando-se a realidade do Poder Judiciário, com sorte um pedido de liminar em mandado de segurança coletivo será apreciado duas semanas depois da impetração.

O segundo problema de redação é a menção apenas à pessoa jurídica de direito público interessada. Não parece, efetivamente, que essa restrição se aplique quando a pessoa jurídica interessada no processo de mandado de segurança coletivo é de direito privado no exercício de funções públicas. Em se tratando de uma restrição a uma garantia fundamental, não cabe ao intérprete adotar interpretação extensiva. Contudo, seria útil a existência de menção expressa nesse sentido.

Outro ponto a ser ressaltado é que, como se trata de um dispositivo legal que cria um obstáculo à concessão de liminares, alguns juristas consideram duvidosa a constitucionalidade do pressuposto criado pelo §2º do artigo 22 para a concessão de liminares.

O principal fundamento para a alegação de inconstitucionalidade é o mesmo apresentado para defender a inconstitucionalidade das restrições à concessão de liminares em mandado de segurança individual (LMS, art. 7º, §2º): a possibilidade de concessão de tutelas de urgência é inerente ao direito constitucional de ação (CF, art. 5º, inc. XXXV – lesão ou ameaça a direito), como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. E, em se tratando de direito previsto em cláusula pétrea da Constituição Federal, não é possível restringi-lo.[374] Essa é uma das normas apontadas como sendo inconstitucionais na ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB.

Contudo, não parece que a declaração de inconstitucionalidade será necessária.

Em relação à necessidade de prévia manifestação do representante da pessoa jurídica de direito público em si, o Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento considerou que decisões concessivas de liminares e proferidas sem o respeito a essa formalidade seriam nulas.[375] Mas esse posicionamento foi alterado, mesmo antes da Lei 12.016/09 entrar em vigor.

O STJ, ao analisar o artigo 2º da Lei 8.437/92, acabou por consolidar o entendimento de que é possível dispensar a manifestação prévia do representante judicial da pessoa jurídica interessada quando estiverem presentes os requisitos para a concessão da liminar, especialmente quando houver risco de ineficácia da decisão que deferir a liminar se for aguardada essa manifestação.[376]

Ainda, consolidou o entendimento de que decisões que concedem liminares em ações civis públicas e em mandados de segurança coletivos somente podem ser declaradas nulas se houver comprovação de que a ausência de manifestação prévia da pessoa jurídica interessada lhe causou prejuízo, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas.[377] Por fim, o STJ tem considerado desnecessária a manifestação prévia da pessoa

---

[374] Estevão Mallet, *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, p. 43.

[375]- STJ, 1ª Turma, REsp. 88.583-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21.10.1996.

[376]- "*O Superior Tribunal de Justiça tem flexibilizado o disposto no art. 2º da Lei n.º 8.437/92 a fim de impedir que a aparente rigidez de seu enunciado normativo obste a eficiência do poder geral de cautela do Judiciário. Precedentes*" (STJ, 2ª Turma, REsp. 1.130.031-RS, rel. Min. Castro Meira, j. 22.06.2010. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag. 1.320.906-MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.11.2010.

[377]- "*Sobre a alegada ofensa ao art. 2º da Lei n. 8.437/92, cumpre observar que esta Corte Superior tem mitigado, com base em uma interpretação sistemática, a aplicação do citado dispositivo, sobretudo quando o Poder Público, embora não tenha sido ouvido antes da concessão da medida liminar, deixa de comprovar prejuízo. Precedentes*" (STJ, 2ª Turma, REsp. 1.052.430-MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.04.2011). No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.314.453-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.09.2010.

jurídica interessada quando a ação em que for pedida a liminar não atingir seus bens ou seus interesses,[378] situação frequente quando se trata de liminares pedidas em ações civis públicas que têm por objeto alegações de improbidade administrativa.

A jurisprudência sobre o tema também não foi positivada pelo legislador. Nesse aspecto, porém, a omissão é justificável, pois a consolidação do entendimento jurisprudencial sobre o tema ocorreu anos depois da entrega dos trabalhos pela comissão de juristas que elaborou o projeto de lei que viria a se tornar a Lei 12.016/09.

Mas o principal ponto a ser ressaltado é que, diante dessa orientação jurisprudencial, o artigo 2º da Lei 8.437/92 tornou-se letra morta. Não é indispensável que, antes de conceder uma liminar em mandado de segurança coletivo, o juiz abra prazo de 72 horas para manifestação da pessoa jurídica interessada. Será necessário analisar o caso concreto: havendo risco de perecimento do direito defendido pelo mandado de segurança coletivo ação ou real urgência, a fazer com que exista risco de serem causados danos graves aos substituídos caso se aguarde a manifestação da pessoa jurídica interessada, a liminar deverá ser concedida sem que seja aberto prazo para essa manifestação.

A ausência de obrigatoriedade em abrir prazo para manifestação prévia fez com que a situação das pessoas jurídicas interessadas em mandados de segurança coletivos se tornasse idêntica à de qualquer réu. Ao se deparar com um pedido de liminar formulado em um mandado de segurança coletivo, o juiz terá três possibilidades: deferir a medida, caso considere estarem presentes os requisitos para tanto; indeferi-la, caso considere o contrário; e determinar a manifestação da parte contrária para só então decidir. São exatamente as mesmas possibilidades que existem em qualquer outra ação.

Poder-se-ia argumentar que há uma quarta possibilidade quando se trata de mandado de segurança coletivo: a oitiva prévia da pessoa jurídica interessada quando existir urgência a justificar a concessão da liminar mas for possível aguardar a manifestação. Entretanto, a lentidão do Poder Judiciário parece não permitir que essa possibilidade exista.

Portanto, a interpretação conferida a essa norma tornou claro que é facultado ao juiz, antes de deferir uma medida liminar, solicitar a manifestação da parte contrária, para

[378]- Exemplificativamente: STJ, 1ª Turma, REsp. 1.038.467-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.05.2009; STJ, 2ª Turma, REsp. 1.018614-PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.06.2008;

então decidir. O que essa norma procurava era tornar obrigatória essa manifestação prévia, o que não ocorreu. E, na prática, abriu-se a possibilidade de o juiz sempre deferir a liminar sem determinar a prévia manifestação do representante judicial da pessoa jurídica interessada na causa. Caso considere ter sido prejudicada em razão de não ter havido oitiva de seu representante judicial, a pessoa jurídica terá de interpor agravo de instrumento e pedir a declaração de nulidade da decisão que concedeu a liminar. E, como é evidente, se a decisão for declarada nula é extremamente provável que a segunda decisão, proferida depois da oitiva da pessoa jurídica interessada, seja exatamente no mesmo sentido da decisão anterior.

6

O FUTURO DA LEI 12.016/09: OS PROJETOS DE LEI PARA ALTERÁ-LA E A ADI PROPOSTA PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB

Mesmo tendo a Lei 12.016/09 entrado em vigor há poucos anos, há em tramitação no Congresso Nacional diversos projetos de lei que têm o objetivo de alterá-la. E, ainda, logo depois da entrada em vigor da LMS o Conselho Federal da OAB propôs uma ação direta de inconstitucionalidade, pleiteando da declaração de inconstitucionalidade de diversos de seus artigos.

Quando da aprovação do PLC 125/2006, que deu origem à Lei 12.016/09, já havia sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça o Projeto de Lei do Senado (PLS) 368/2007, de autoria do senador Marco Maciel, que alterava o prazo para 365 dias o prazo para a impetração de mandado de segurança. Chegou-se a esse prazo por meio de um consenso, pois parte dos senadores pretendia abolir o prazo para impetração e outra parte manter o prazo de 120 dias.

Esse PLS foi remetido à Câmara dos Deputados no dia 11 de fevereiro de 2009, quando o PLC 125/2006 ainda não havia sido aprovado. Entretanto, optou-se por não incluir a norma a respeito do prazo para a impetração no PLC 125/2006. No parecer pela aprovação desse projeto de lei da forma como estava, o Ministro da Justiça afirmou que seria melhor aguardar mais tempo para aprovar o PLS 368/2007, para que o novo prazo para impetração consta da nova lei do mandado de segurança "*e não sobre a Lei nº 1.531, de 1951*".

Essa justificativa não faz qualquer sentido, já que, se o PLS 368/2007 fosse incorporado ao PLC 125/2006, evidentemente a alteração do prazo para impetração já constaria da nova lei do mandado de segurança, não havendo alteração da antiga. Novamente parece que foram apresentadas justificativas sem grande fundamento, existindo

interesse na rápida (por assim dizer, já que o projeto de lei fora apresentado em 2001) aprovação do PLC 125/2006.

Portanto, ainda está em tramitação o PLS 368/2007, que aguarda votação pela Câmara dos Deputados. Se aprovado, será alterado o prazo para a impetração de mandado de segurança.

Entretanto, também tramita um projeto de lei que tem por objetivo revogar o artigo 23 da Lei 12.016/09, extinguindo o prazo para impetrar mandado de segurança.

Dentre os outros projetos de lei em tramitação, o mais relevante é sem dúvida o apresentado pelo senador Valter Pereira. Como mencionado anteriormente, o senador Valter Pereira, diante do parecer pela rejeição das catorze emendas ao PLC 125/2006 que por ele foram apresentadas, optou por retirá-las e reapresentá-las posteriormente, na forma de um novo projeto de lei. Trata-se do Projeto de Lei do Senado 222/2010.

Depois da retirada das citadas emendas, o presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, o então senador Demóstenes Torres, se comprometeu a votar o novo projeto de lei apresentado pelo senador Valter Pereira no prazo de um mês. Até a data de apresentação desse trabalho, contudo, mais de três anos depois, ainda não houve votação.

Outra possibilidade de alteração da Lei 12.016/09 será quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 4.296).

Nessa ação, proposta pouco mais de um mês depois da entrada em vigor da Lei 12.016/09, pede-se a declaração de inconstitucionalidade de seis de suas normas. Em suma, defendeu-se ser inconstitucional o estabelecimento de restrições à utilização do mandado de segurança que sejam maiores que as restrições constantes da Constituição Federal. Mas para cada norma impugnada foram apresentados argumentos específicos.

A primeira norma reputada inconstitucional foi o §2º do artigo 1º da LMS, que exclui do âmbito de impugnação por mandado de segurança os "*atos de gestão comercial*" praticados por administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. Argumentou-se na ação direta de inconstitucionalidade que essa restrição à utilização do mandado de segurança não consta do inciso LXIX do

artigo 5º da Constituição Federal, sendo assim inconstitucional a restrição imposta pelo legislador ordinário. Ainda, afirmou-se que o referido §2º violaria o artigo 2º e o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por excluir os citados dos atos de gestão comercial da apreciação pelo Poder Judiciário, o que também levaria a uma quebra na independência e na harmonia entre os três Poderes.

Os argumentos apresentados pela OAB, contudo, partem de uma interpretação equivocada acerca de quais atos podem ser atacados por mandado de segurança (v. *supra*, item 4.2). E considerar que, por não haver restrição expressa na Constituição Federal, todos os atos são impugnáveis por mandado de segurança significa admitir sua utilização para atacar o mérito de atos administrativos e de atos judiciais. Adotando-se o raciocínio proposto na ADI, seria também inconstitucional o artigo 5º da LMS, que estabelece restrições não existentes na Constituição Federal.

A segunda norma questionada na ADI é o inciso III do artigo 7º da LMS, que permite ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, quando deferir medida liminar. Defende-se que essa exigência viola a garantia constitucional de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), pois limitaria aos que detém melhores condições financeiras a possibilidade de ver deferidas as medidas liminares em mandados de segurança. E a limitação à concessão de liminares ou seu condicionamento seria inconstitucional, por serem as liminares inerentes ao mandado de segurança.

Pelo teor da ADI, parece que o Conselho Federal da OAB considera inconstitucional a mera possibilidade de exigência de caução, fiança ou depósito. Entretanto, essa possibilidade, em abstrato, não é inconstitucional. Somente o será caso a exigência não possa ser cumprida ou exija sacrifício do impetrante para que seja atendida, tornando inviável, na prática, o cumprimento da exigência feita pelo magistrado. Nesse sentido se posicionam Carlos Fonseca Monnerat e Marcos Neves Verissimo. Em suas palavras, a obrigação de prestar caução "*não pode ser imposta àquele que comprovadamente não possui condições de satisfazê-la já que neste caso estaria sendo violado seu acesso à jurisdição*.".[379]

Há, contudo, divergência a esse respeito. A possibilidade de exigência de caução é considerada inconstitucional por Demes Britto, que argumenta existir violação ao inciso

[379]- Carlos Fonseca Monnerat e Marcos Neves Verissimo, *Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança - Lei 12.016/2009*, p. 223.

XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Defende que, estando presentes os requisitos para a concessão da liminar é dever do magistrado deferi-la.[380] E uma das emendas apresentadas ao projeto de lei pelo senador Valter Pereira removia a possibilidade de exigência de caução, acatando-se a posição de Cassio Scarpinella Bueno a esse respeito.

Os mesmos argumentos – violação ao artigo 2º e o artigo 5º, incisos XXXV e LXIX, da Constituição Federal – foram utilizados na ADI para defender a inconstitucionalidade do §2º do artigo 7º da LMS, que veda a concessão de liminares para 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 extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Em relação às vedações referentes a servidores públicos, argumentou-se que também haveria violação ao princípio da isonomia.

Muitos juristas se posicionam no mesmo sentido. Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos consideram inconstitucional o §2 do artigo 7º da LMS, por proibir de forma absoluta a concessão de liminar em mandado de segurança, o que viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.[381] Hugo de Brito Machado afirma que a proibição pura e simples da concessão de liminares nesses casos é inconstitucional, por proibir prestação jurisdicional eficaz, violando a garantia de inafastabiliade do controle jurisdicional.[382] No mesmo sentido se posicionam Demes Britto[383] e Hugo Barroso Uelze.[384]

Guilherme Cezaroti.considera possível interpretar essas normas de acordo com a Constituição, apresentando algumas hipóteses nas quais a liminar poderá ser concedida, a saber: (i) a compensação de créditos de tributos cuja inconstitucionalidade tenha sido anteriormente reconhecida pelo STF, mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade; (ii) nos casos em que a legislação autorize os procuradores da Fazenda Nacional a não recorrer de decisão que reconheça a inexigibilidade de tributo; (iii) nos

---

[380]- Demes Britto, *A Inconstitucionalidade da Nova Lei do Mandado de Segurança em Matéria Tributária*, pp. 12-13.
[381]- Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos. *O Mandado de Segurança na Disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009*, pp. 195-196.
[382]- Hugo de Brito Machado, *A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária*, p. 70.
[383]- Demes Britto, *A Inconstitucionalidade da Nova Lei do Mandado de Segurança em Matéria Tributária*, pp. 20-21.
[384]- Hugo Barroso Uelze, *A Nova Lei de Mandado de Segurança e o Plano de Validade das Definições Legais*, pp. 44-48.

casos em que o mandado de segurança não diga respeito diretamente à impetração; e, por fim, (iv) nas demandas propostas antes da entrada em vigor da LMS.[385]

Lucon também considera inconstitucional a vedação genérica à concessão de liminares, sem a análise do caso concreto, pois pode haver lesão irreparável ao impetrante.[386]

Em sentido contrário se posiciona Fernando Andreoni Vasconcellos, para que o STF deve invocar a razoabilidade como fundamento para considerar essas normas constitucionais, assim como o fez quando do julgamento da constitucionalidade das restrições a liminares previstas na Lei 9.494/97.[387]

Estranhamente, contudo, na ADI não é questionada a constitucionalidade do §3º do artigo 14 da LMS, que veda a execução provisória nos casos em que é vedada a concessão de liminares. No entanto, caso as normas que vedam a concessão de liminares sejam consideradas inconstitucionais o §3º do artigo 14 da LMS perderá totalmente sua eficácia.

Mas nem indiretamente foi impugnado o artigo 8º da Lei 12.016/09, que trata da "perempção ou caducidade" da medida liminar. Em se tratando de uma norma que restringe a eficácia de liminares, os mesmos argumentos apresentados anteriormente poderiam ser utilizados para invocar sua inconstitucionalidade.

A quarta norma impugnada pela ADI é o §2º do artigo 22, que condiciona o deferimento de medida liminar em mandado de segurança coletivo à oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada na causa. Trata-se de norma idêntica à do artigo 2º da Lei 8.437/92. Alega-se na ADI, que a expressão "só poderá" é inconstitucional, por violação ao artigo 5º, incisos XXXV e LXIX, da Constituição Federal, pois o próprio STF já decidiu ser dispensável a mencionada oitiva prévia nas hipóteses de risco de perecimento do direito que se busca defender com o mandado de segurança coletivo.

---

[385]- Guilherme Cezaroti, *A vedação à Compensação de Créditos Tributários na Nova Lei do Mandado de Segurança*, pp. 61-65).
[386]- Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Aspectos Polêmicos da Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/09*, pp. 133-134.
[387]- Fernando Andreoni Vasconcellos, *Reflexos da Nova Lei do Mandado de Segurança no Âmbito Tributário*, pp. 46-47.

A esse respeito, como já mencionado, atualmente a declaração de inconstitucionalidade não é necessária, tendo em vista que a interpretação conferida a essa norma pelo STJ tornou-a totalmente ineficaz. Mas é fato que existe o risco de o STF adotar entendimento contrário no futuro.

A quinta norma impugnada é o artigo 23 da LMS, que estabelece prazo máximo de 120 dias, contados da ciência da prática do ato lesivo, para a impetração de mandado de segurança. Novamente alega-se inconstitucionalidade por incompatibilidade com o artigo 5º, incisos XXXV e LXIX, da Constituição Federal, por se tratar de norma infraconstitucional que cria uma restrição não existente na Constituição.

A última norma considerada inconstitucional na ADI é o artigo 25 da LMS, no ponto em que afirma não ser cabível a condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência em processos de mandado de segurança. Argumenta-se que essa norma contraria o artigo 133 da Constituição Federal, que estabelece ser o advogado indispensável à administração da justiça.

Trata-se de justificativa semelhante à apresentada para a emenda número 12 ao Projeto de Lei 125/2006, que resultou na Lei 12.016/09 e que atualmente se encontra no PLS 222/2010.

A despeito de esse último pedido formulado na ADI refletir anseios da advocacia em geral e dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, é difícil taxar o artigo 25 da LMS de inconstitucional. Tanto a necessidade de condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência quanto o direito do advogado ao recebimento desses honorários decorrem de leis infraconstitucionais (respectivamente, o Código de Processo Civil e a Lei 8.906/94). Desse modo, é perfeitamente possível que o legislador ordinário, em lei especial e posterior às leis gerais sobre o tema, estabeleça que, em determinadas causas, não haverá condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

É o que ocorre nos juizados especiais cíveis: mesmo quando autor e réu estão representados por advogado não há condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência. Somente haverá essa condenação se houver recurso e se o recurso não for provido. Nas ações populares e nas ações civis públicas não há condenação do autor ao pagamento de honorários de sucumbência quando vencidos, salvo os casos de má-fé.

Nenhuma dessas leis é tão radical quando a LMS, que exclui toda e qualquer possibilidade de condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência. Mas, como se nota, a exclusão dessa condenação é uma técnica que vem sendo empregada com alguma frequência. E, por não existir previsão constitucional da necessidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência ao vencedor da causa, não se pode falar que o artigo 25 da LMS é inconstitucional.

Deve-se, no entanto, criticar a opção feita pelo legislador de 2009, que poderia ter seguido caminho inverso ao da jurisprudência e estabelecer, expressamente, a necessidade de condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência. Não parece existir, em relação ao mandado de segurança, diferença em relação aos demais processos que justifique a ausência de condenação.

Na ação popular e na ação civil pública se justifica essa ausência porque se trata de processos em que o autor age como substituto processual, não pleiteando direitos em nome próprio. Seria de todo injusto – e desincentivaria enormemente a propositura dessas ações – estabelecer que o autor, se vencido, teria de pagar honorários ao advogado do vencedor. Já nos juizados especiais a ideia foi criar um processo de rito célere e sem custos, para absorver a jurisdicionalidade contida na sociedade. Daí a exclusão da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, salvo em caso de interposição de recurso e de nova derrota, com o desprovimento do recurso.

Mas, no mandado de segurança, não existe justificativa para adoção de regras que não as gerais referentes à sucumbência.

Inclusive, seria possível questionar a constitucionalidade do artigo 25 da LMS sob o âmbito do princípio da isonomia, questionando-se a existência de discrímen a possibilitar um tratamento diferenciado.

Com efeito, sempre que está aberta a via do mandado de segurança também está aberta a via ordinária para o impetrante. A escolha pela impetração de mandado de segurança se faz em razão da celeridade na tramitação, diretamente ligada à sumariedade do procedimento. É o impetrante o beneficiado com a escolha do mandado de segurança em detrimento de uma demanda pelo rito ordinário. Com a regra atual, o impetrante tem um segundo benefício, que é o de não ter de pagar honorários de sucumbência em caso de

derrota. E o único prejudicado é o advogado do impetrante, que, em caso de vitória, não receberá honorários de sucumbência.

Não parece lógico forçar o advogado a abrir mão do recebimento de honorários para beneficiar a parte. E não parece existir qualquer razão para diferenciar o mandado de segurança, no que toca a honorários advocatícios, das demais ações. Há razões diversas para se limitar a possibilidade de recorrer – excluindo-se, por exemplo, o cabimento de embargos infringentes. Mas não para excluir a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, que em nada atrasa o procedimento.

De todo modo, o mais adequado seria atacar, por meio da ADI, os argumentos apresentados no STF para a consolidação do entendimento a respeito do não-cabimento da condenação ao pagamento de honorários de sucumbência em processos de mandado de segurança.

Um dos argumentos utilizados foi o de que tanto o mandado de segurança quanto o *habeas corpus* são garantias constitucionais. Os dois são, também, ações, consoante entendimento doutrinário amplamente majoritário.[388] E como no *habeas corpus* não há condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, o mesmo raciocínio se aplicaria ao mandado de segurança.

Entretanto, como ensina Mirabete, o *habeas corpus* "*Trata-se realmente de ação penal popular constitucional*".[389] No mesmo sentido é a opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho: é uma ação penal popular, pois pode ser proposta por qualquer pessoa, maior ou menor, brasileira ou estrangeira, por procurador ou em nome próprio (daí o nome "popular").[390] No mesmo sentido se posiciona Heráclito Antônio Mossin, com menções às opiniões de diversos juristas a esse respeito. Entende-se que se trata de ação penal em razão de o Poder Judiciário aplicar a legislação penal ou processual penal no processo.[391]

Considerando-se que o mandado de segurança pode ser utilizado para a defesa de direitos de qualquer natureza, como exposto, e que sua natureza jurídica depende da natureza dos direitos defendidos, é lógico defender que, quando o mandado de segurança

---

[388]- A respeito da natureza jurídica de ação do *habeas corpus*, v., por todos, Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, pp. 709-710.
[389]- Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, p. 710.
[390]- Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, pp. 649-650.
[391]- Heráclito Antônio Mossin, *Habeas Corpus: Antecedentes Históricos, Hipóteses de Impetração, Processo, Competência e Recursos, Modelos de Petição, Jurisprudência Atualizada*, pp. 68-74.

tiver natureza da ação penal não será admissível a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência. Afinal, não existe sucumbência na Justiça Criminal. O mesmo raciocínio se aplica à Justiça do Trabalho.

Entretanto, sempre que o mandado de segurança for utilizado para a defesa de direitos civis cai por terra o argumento utilizado pelo STF, sendo necessária a condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência.

Já o segundo argumento utilizado pelo STF – de que esse tipo de condenação impediria a utilização do mandado de segurança pelos menos favorecidos financeiramente – é facilmente superado, pois quem não tem condições financeiras de arcar com honorários de advogado, inclusive os de sucumbência, faz jus aos benefícios da gratuidade judiciária, previstos na Lei 1.060/50.

Não foram esses, contudo, os argumentos utilizados pelo Conselho Federal da OAB. Diante desse quadro e considerando-se a jurisprudência do STF e do STJ acerca dos temas constantes da ADI 4.296, parece pouco provável que a ação seja julgada procedente em qualquer dos seus pontos.

Aliás, o pedido de suspensão liminar dos dispositivos legais impugnados foi indeferido e o Ministério Público deu parecer pelo conhecimento apenas parcial da ação e pelo julgamento de total improcedência.

Assim, o que parece ser mais provável é que, salvo nova atuação do Legislativo federal, a Lei 12.016/09 permanecerá intocada. O que pode ocorrer é o acolhimento de alguns dos pedidos subsidiários, de interpretação da Lei 12.016/09 conforme a Constituição Federal.

6

CONCLUSÕES

No final do século XVIII, o historiador inglês Edward Gibbon afirmou que "*Tudo que é humano necessariamente retrocede quando não avança*" [392]. Sob esse aspecto, a Lei 12.016/09 é, em grande parte, um retrocesso, pois o legislador, mesmo diante de 58 anos de estudos sobre o mandado de segurança, pouco avançou. E, nos pontos em que avançou, era possível que tivesse avançado mais.

Em grande parte, esse é o raciocínio por trás das críticas à Lei 12.016/09.

Entretanto, como mencionado, o objetivo da Lei 12.016/09 não era avançar, mas sim consolidar em apenas um diploma legal a legislação esparsa sobre o mandado de segurança e positivar entendimentos consolidados, doutrinários e jurisprudenciais, sobre esse remédio legal. Além disso, antes da elaboração do projeto de lei os poucos juristas que se manifestaram no sentido de ser necessária uma reforma da Lei 1.533/51 o fizeram para afirmar que essa reforma seria necessária exatamente para consolidar as leis que tratavam do mandado de segurança e positivar entendimentos consolidados.

Considerando-se os objetivos da elaboração da Lei 12.016/09, o legislador foi razoavelmente bem sucedido. Grande parte das leis que regulamentavam o mandado de segurança foi consolidada. E apesar de não ter havido positivação de todos os entendimentos jurisprudenciais consolidados que eram passíveis de positivação, não há como negar que a Lei 12.016/09 é superior à Lei 1.533/51 nesse aspecto.

Houve também avanços na redação de muitas das normas que disciplinam o mandado de segurança.

Assim é que, em relação à legitimação, a lei atual é melhor que a anterior, pois faz referência à possibilidade de impetração de mandado de segurança por qualquer pessoa

---

[392]- "*All that is human must retrograde if it do not advance*", Edward Gibbon, "The history of the decline and Fall of The Roman Empire", vol. VI, disponível em http://www.freeclassicebooks.com/Edward%20Gibbon/The%20History%20of%20The%20Decline%20and%20Fall%20of%20the%20Roman%20Empire%20Vol%206.pdf, p. 845, acesso em 24.09.2012.

física ou jurídica (LMS, art. 1º), enquanto a Lei 1.533/51 mencionava apenas a legitimação de “alguém” (pessoa física).

Houve melhora da legislação em razão de ter passado a ser prevista a necessidade de cientificação da pessoa jurídica interessada na causa e também por ter sido prevista expressamente a possibilidade de seu ingresso no feito (LMS, art. 7º, inc. II). Trata-se de uma adequação ao entendimento pacífico de que é a pessoa jurídica interessada na causa que sofre as consequências do julgamento de procedência do mandado de segurança.

A disciplina das hipóteses em que a autoridade é considerada federal (LMS, art. 2º) também é superior à feita pela lei anterior. Na norma atual resta claro que também são consideradas federais as autoridades vinculadas a empresas públicas federais e fundações federais.

A Lei 12.016/09 solucionou várias das divergências a respeito das consequências do descumprimento de decisões proferidas em processos de mandado de segurança, ao estabelecer, em seu artigo 26, que a autoridade que não cumprir uma decisão proferida em processos de mandado de segurança comete, em tese, crime de desobediência, sendo possível ainda a cumulação das sanções penais pela prática desse crime com sanções administrativas. Ainda, previu-se expressamente que o descumprimento pode configurar crime de responsabilidade, caso a autoridade esteja sujeita à Lei 1.079/50. Nada havia a esse respeito na Lei 1.533/51.

E outro avanço digno de nota foi a menção expressa a uma quantidade maior de artigos do Código de Processo Civil, o que torna inequívoca sua aplicação aos processos de mandado de segurança.

Mas a Lei 12.016/09 também causou verdadeiros retrocessos na regulamentação do mandado de segurança. Os artigos da LMS têm alguns problemas de redação que não existiam nos artigos da Lei 1.533/51 e a estrutura da Lei 12.016/09 é pior que a estrutura da lei anterior. E há ainda retrocessos em relação a pontos específicos.

O rol legal de atos que não podem ser atacados por mandados de segurança foi aumentado. Na Lei 12.016/09 passou a ser prevista a impossibilidade de ataque a atos de gestão comercial (LMS, art. 1º, §2º), tendo sido feita uma tentativa de positivar o entendimento sobre o tema. No entanto, atos de gestão comercial podem ser atacados;

os atos que efetivamente não podem ser impugnados por mandado de segurança são os atos privados. Nesse ponto, a lei atual é pior que a anterior, pois a redação do §2º de seu artigo 1º se presta a confusão.

Outra piora na regulamentação do mandado de segurança foi causada pelas alterações no artigo 4º da LMS. Ao invés de adequar a lei do mandado de segurança às inovações tecnológicas, essas alterações representaram um regresso. Passou a ser prevista expressamente também na LMS a necessidade de apresentação dos originais de petições protocolizadas por fax, requisito que já deixou de ser exigido na Justiça Eleitoral.

Por fim, houve piora da regulamentação do mandado de segurança coletivo com a entrada em vigor da Lei 12.016/09. Anteriormente aplicavam-se de forma subsidiária os artigos do Código de Defesa do Consumidor que tratam das ações coletivas em geral. Como a LMS regulamentou o mandado de segurança coletivo, passaram a ser aplicados a esse remédio os artigos 21 e 22 da Lei 12.016/09. E esses artigos trazem maiores restrições ao mandado de segurança que os artigos do CDC aplicáveis anteriormente.

O saldo, no entanto, é positivo. A despeito dos problemas da nova lei do mandado de segurança, quem tenha um primeiro contato com o mandado de segurança hoje, fazendo uso da Lei 12.016/09, terá maior facilidade para entendê-lo que aqueles que tinham de utilizar a Lei 1.533/51.

Ainda, uma análise dos principais pontos em que a LMS representou um retrocesso em relação à Lei 1.533/51 mostra que é possível contornar esses problemas por meio da interpretação de suas normas.

Mas é evidente que o legislador poderia ter avançado mais, ainda que seu intuito tenha sido apenas consolidar a legislação esparsa sobre o mandado de segurança e positivar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pacificados. Assim é que houve avanço em relação à definição da autoridade como federal, para fins de determinação da competência da Justiça Federal para o julgamento da causa, mas que esse avanço não englobou toda a evolução jurisprudencial a respeito do tema.

O fato é que, a despeito do que constou da Portaria 634/96 do Ministério da Justiça, que criou a comissão de juristas responsável por “atualizar” a Lei 1.533/51, poderia – e deveria, por que não dizê-lo – ter sido aproveitada a oportunidade para,

efetivamente, modernizá-la, não apenas englobando totalmente os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pacíficos sobre o tema mas também incluindo novas normas.

Algumas sugestões foram dadas neste trabalho.

Diante da imensa lentidão do processo legislativo brasileiro, que ultimamente parece até aumentar, deveria ter sido aproveitada a oportunidade de elaboração de uma nova lei do mandado de segurança para inovar. Não se sabe se a comissão de juristas que elaborou o projeto de lei convertido na Lei 12.016/09 tinha a liberdade de fazê-lo. Mas foram incluídas no texto da lei algumas normas novas, o que mostra que poderia ter sido feito mais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRE, José Sérgio Monte. *A Nova Lei de Mandado de Segurança: o Passado Manda Lembranças?, in* "Revista Brasileira de Direito Público", Belo Horizonte, v.8, n.30, jul./set. 2010, pp. 9-18.

ALMEIDA, Gregório Assagra de, CIANCI, Mirna, e QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e Comentários à Lei 12.016, de 7-8-2009 (artigo por artigo) com Indicação do PLS n. 222/2010*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

ALVIM, Arruda. *Cabimento de Mandado de Segurança Preventivo contra Desapropriação*, *in* "Mandado de Segurança e Direito Público", 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 71-88.

_____. *Mandado de Segurança Contra Ato Judicial*, *in* "Mandado de Segurança e Direito Público", 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 63-70.

_____. *Revogação da Medida Liminar em Mandado de Segurança*, *in* "Mandado de Segurança e Direito Público", 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 362-379.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança no Direito Tributário*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*, vol. 2 (arts. 291 a 674), 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1941.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, 11ª edição, revista e atualizada por Bernardo Pimentel Souza, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008.

_____. *Do Mandado de Segurança*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Ed. Atlas, 2008.

BRITTO, Demes. *A Inconstitucionalidade da Nova Lei do Mandado de Segurança em Matéria Tributária, in* "Revista de Estudos Tributários", Porto Alegre, n.75, set./out. 2010, pp.7-28.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, 5ª Edição, revista, atualizada a ampliada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

_____. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

_____. *Liminar em Mandado de Segurança – Um Tema com Variações*, 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Propostas Para Uma Nova Lei Para o Mandado de Segurança*, disponível em www.scarpinellabueno.com.br/Textos/MANDADO_DE_SEGURANÇA.pdf, acesso em 12.01.2013.

BUENO VIDIGAL, Luis Eulalio de. *Mandado de Segurança*, 1ª. ed, Edição do Autor, São Paulo, 1953.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de Segurança Coletivo*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança, vol. I – Do Mandado de Segurança Individual*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

_____. *Mandado de Segurança, 'Injunctions' e 'Mandamus', in* "Revista de Processo", n. 53, ano 14, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1989.

CAMERINI, Fabrizio. *Teoria Geral da Tutela Mandamental – Conceituação e Aplicação*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O Mandado de Segurança Coletivo como Garantia dos Cidadãos, in* "As Garantias do Cidadão na Justiça", coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

_____. *O Mandado de Segurança Coletivo e Suas Características Básicas*, *in* "Revista Forense", v. 87, n. 316, out./dez. 1991.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. *Litigância de Má-fé em Mandado de Segurança*, *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança – 51 Anos Depois", coords. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

CEZAROTI, Guilherme. *A Vedação à Compensação de Créditos Tributários na Nova Lei do Mandado de Segurança*, *in* "Revista Dialética de Direito Tributário", São Paulo, n.172, jan. 2010, pp.56-66.

COSTA, Edgar. *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, primeiro volume (1892-1925), 1ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1964.

COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*, 2ª Edição, São Paulo, Ed. Unesp, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às Leis do Mandado de Segurança*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1979.

_____. *Do Mandado de Segurança Coletivo*, 3º Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, *et. al.*. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 3ª Edição, revista e atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002, São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *A Sentença e seus Desdobramentos no Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança – 51 Anos Depois", coords. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*, 21ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Dicionário Jurídico*, vol. 2, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

_____. *Dicionário Jurídico*, vol. 3, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

_____. *Dicionário Jurídico*, vol. 4, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes de. *Manual do Mandado de Segurança*, 4ª Edição, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2ª Edição (atualizada), Rio de Janeiro, Editor José Konfino, 1950.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Reafirmação do Cabimento dos Honorários Advocatícios em Sede Mandamental: (Mais) uma Prece por um Futuro Mais Digno*, *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança – 51 Anos Depois", coords. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*, 4ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*, 6ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 4, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.

_____. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 32, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.

_____. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 75, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977.

FRANCO, Fernão Borba. *A Execução de Sentença Mandamental e de Obrigação de Fazer*, *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança – 51 Anos Depois", coords. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier , 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *O Novo Mandado de Segurança: Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. *Natureza Jurídica do Mandado de Segurança*, dissertação de mestrado, não publicada.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Tutela Preventiva das Liberdades: "Habeas Corpus" e Mandado de Segurança*, *in* "Revista de Processo", ano VI, n. 22, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, abr./jun. 1981, pp. 26-37.

_____. Ada Pellegrini Grinover, *Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada*, *in* "Revista de Processo", vol. 15, n. 58, abr./jun. 1990, São Paulo, pp. 75-84.

HOUAISS, Instituto Antônio. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Aspectos Polêmicos da Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/09*, *in* "Interesse Público", v. 12, n. 59, jan./fev. 2010, pp. 125-36.

MACHADO, Hugo de Brito. *Impetração de Mandado de Segurança Pelo Estado, in* "Revista de Processo", n. 78, ano 20, abr./jun. 1995, pp. 19-26.

_____. *A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária*, *in* "Revista Dialética de Direito Tributário", n.171, dez. 2009, pp. 61-70.

MALLET, Estevão. *Nova Lei do Mandado de Segurança: Avanço ou Retrocesso?*, *in* "Revista do Advogado", ano XXX, n. 110, São Paulo, Ed. Associação dos Advogados de São Paulo, dez. 2010, pp. 37-46.

MARCÃO, Renato. *Mandado de Segurança em Matéria Penal*, *in* Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, *et. al.* "Comentários à Lei do Mandado de Segurança", 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 289-314.

MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei 12.016/09*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª Edição, atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006, e Lei 11.448, de 15.1.2007, por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Ed. Malheiros, 2008.

_____. *Mandado de Segurança*, 30ª Edição, atualizada e complementada de acordo com as emendas constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo, Ed. Malheiros, 2007.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *O Mandado de Segurança: Contribuição para o seu Estudo*, *in* "Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 3: Jurisdição Constitucional das Liberdades e Garantias Constitucionais do Processo, Execução das Decisões do CADE, Processo Cautelar, Outros Estudos", 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*, 14ª Edição, revista e atualizada até dezembro de 2002, São Paulo, Ed. Atlas, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo V (arts. 302-370), 2ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959.

_____. *Tratado das Ações, tomo VI – Ações Mandamentais*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: Antecedentes Históricos, Hipóteses de Impetração, Processo, Competência e Recursos, Modelos de Petição, Jurisprudência Atualizada*, 8ª Edição, revista e atualizada, Barueri, Ed. Manole, 2008.

MONNERAT, Carlos Fonseca; VERISSIMO, Marcos Neves. *Primeiras Impressões Sobre o Novo Mandado de Segurança - Lei 12.016/2009, in* "Revista de Processo", São Paulo, v.35, n.182, abr. 2010, pp. 215-233.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Mandado de Segurança Coletivo e sua Impetração por Partido Político, in* "Revista dos Tribunais", vol. 847, maio de 2006, pp. 40-64.

NUNES, José de Castro. *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*, 1ª Edição, Editores Livraria Acadêmica e Saraiva & Cia., 1937.

_____. *Do Mandado de Segurança e de Outros Meios de Defesa Contra Atos do Poder Público*, 7ª Edição, atualizada por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1967.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *A Liminar na Nova Lei do Mandado de Segurança*, Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n.80, nov. 2009, pp.135-45.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*, 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo – Mandado de Injunção – Habeas Data*, 1º Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*", 1ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, 21ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia, OLIVEIRA, Guilherme Preres de, CRAMER, Ronaldo. *Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009*, São Paulo: Método, 2009, p. 56.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*, 3ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Mandado de Segurança: Alguns Aspectos Atuais*, *in* "Mandados de Segurança e de Injunção", coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança – Sustação da Eficácia de Decisão Judicial Proferida Contra o Poder Público*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SIDOU, J. M. Othon. *Anteprojeto de Lei Sobre o Mandado de Segurança*, *in* Revista dos Tribunais, v. 477, São Paulo, julho de 1975, pp. 279-294.

_____. *Do Mandado de Segurança*, 2ª Edição (completamente revista), Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1959.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª Edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 38, de 12.6.2002), São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

SILVA, Michel Ferro e. *A Nova Lei do Mandado de Segurança e a Intervenção Litisconsorcial Voluntária - Análise Crítica do Parágrafo 2º do Art. 10 da Lei n. 12.016/09*, *in* "Revista Dialética de Direito Processual", São Paulo, n.90, set. 2010, pp.82-92.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico – volume 3*, 25ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004.

SIMPSON, J. A., e WEINER, E. S. C., *The Oxford English Dictionary*, vol. IX, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Mandado de Segurança Coletivo na Constituição de 1988*, *in* "Revista de Direito Público", São Paulo, n. 89, a. 22, jan.-mar. 1989, pp. 41-42.

TALAMINI, Eduardo. *As Origens do Mandado de Segurança na Tradição Processual Luso-brasileira*, *in* "Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 Anos

Depois", coords. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Partes e os Terceiros no Mandado de Segurança Individual à Luz de sua Nova Disciplina (Lei 12.016/2009), in* "Revista Dialética de Direito Processual", São Paulo, n.80, nov. 2009, pp.33-51.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 44ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006.

_____. *O Mandado de Segurança Coletivo em Cotejo com as Ações Coletivas Constitucionais*, *in* "Revista Forense", vol. 413, ano 109, jan./jun. 2011, pp. 187-206.

_____. *O Mandado de Segurança Preventivo e a Lei em Tese*, *in* "Mandados de Segurança e de Injunção", coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.

_____. *O Mandado de Segurança Segundo a Lei n. 12.016/09, de 07 de Agosto de 2009*, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 4, 33ª Edição, revista e atualizada, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *"Class Action" e Mandado de Segurança*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional Penal*, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

UELZE, Hugo Barroso. *A Nova Lei de Mandado de Segurança e o Plano de Validade das Definições Legais, in* "Revista de Estudos Tributários", Porto Alegre, n.75, set./out. 2010, pp.29-52.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Reflexos da Nova Lei do Mandado de Segurança no Âmbito Tributário*, *in* "Revista Dialética de Direito Tributário", São Paulo, n.172, jan. 2010, pp.44-55.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988, in* "Mandados de Segurança e Mandado de Injunção", coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1ª Edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da Imutabilidade dos Julgados que Concedem Mandado de Segurança*, Monografia para o Concurso à Cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1953.

WALD, Arnoldo. *A Nova Lei do Mandado de Segurança (lei 12.016, de 07.08.2009), in* "Revista dos Tribunais", São Paulo, v.99, n.894, abr. 2010, pp.9-28.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, e VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *O Mandado de Segurança na Disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009, in* "Revista de Processo", ano 34, número 177, nov. 2009, pp. 185-208.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*, Tese para Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, maio de 2004.

RESUMO

Neste trabalho foram analisados os principais avanços e os principais retrocessos trazidos pela Lei 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e o coletivo. O método utilizado para a realização dessa análise foi a comparação entre a Lei 12.016/09 e as leis que anteriormente regulamentavam o mandado de segurança. Paralelamente foram também analisados alguns dos principais pontos a respeitos dos quais a Lei 12.016/09 é omissa.

Para que seja possível compreender o tema, foram apresentadas inicialmente algumas linhas gerais sobre o mandado de segurança, a evolução da legislação a seu respeito, as razões que levaram à elaboração de uma nova lei e um panorama da Lei 12.016/09.

Em seguida, no terceiro capítulo, foram analisados alguns dos avanços mais relevantes acerca da disciplina do mandado de segurança. Foram tratadas questões referentes a legitimação, ao pólo passivo, a competência e ao cumprimento das decisões. Ainda, foi analisada a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos de mandado de segurança.

No quarto capítulo fez-se a análise de alguns dos retrocessos mais relevantes na regulamentação do mandado de segurança decorrentes da entrada em vigor da Lei 12.016/09, além de ter-se feito uma crítica da estrutura dessa lei. Foram tratados os atos que podem ser impugnados por mandado de segurança, a tentativa de adaptação do procedimento do mandado de segurança à evolução tecnológica e a regulamentação do mandado de segurança coletivo.

Por fim, no capítulo cinco foram analisadas as possibilidades de alteração da Lei 12.016/09, sendo mencionados alguns dos projetos de lei que objetivam alterar a disciplina do mandado de segurança e a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB, por meio da qual se pede a declaração de inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei 12.016/09

Palavras-chave: Mandado de segurança Individual – Mandado de Segurança Coletivo – Lei 12.016/09 – Avanços – Retrocessos – Omissões

RIASSUNTO

Questo documento analizza i principali progressi e le principale retrocessioni introdotte dalla Legge 12.016/09, che regola il mandado de segurança individuale e il collettivo. Il metodo utilizzato per questa analisi è stato il confronto tra La Legge 12.016/09 e le leggi che in precedenza regolavono il mandado de segurança. Accanto sono stati analizzati anche alcuni dei principali punti che non sono a analizza nella Legge 12.016/09.

Per essere in grado di capire l'argomento, sono state inizialmente presentate alcune indicazioni generali circa il mandado de segurança, l'evoluzione della legge che lo governa, i motivi che hanno portato alla stesura di una nuova legge ed un panorama di La Legge 12.016/09.

Poi, nel terzo capitolo, abbiamo analizzato alcuni dei progressi più significativi della disciplina del mandado de segurança. Sono state affrontate questioni riguardanti la legittimità, gli imputati, la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni. Eppure, abbiamo analizzato la possibilità di applicazione sussidiaria del codice di procedura civile ai processi di mandado de segurança.

Nel quarto capitolo è diventato l'analisi di alcune delle più significative battute d'arresto nella regolazione del mandado de segurança in seguito all'entrata in vigore della Legge 12.016/09, ed è stata fatta una revisione della struttura di questa legge. Abbiamo trattato gli atti che possono essere impugnate con il mandado de segurança, il tentativo di adattare la procedura del mandado de segurança al cambiamento tecnologico e la regolamentazione del mandado de segurança collettivo.

Infine, nel quinto capitolo abbiamo analizzato le possibilità di modifica della Legge 12.016/09 per alcuni dei progetti di legge che mirano a cambiare le regole del mandado de segurança e per la azione diretta di incostituzionalità proposto dal Consiglio Federale dell'Associazione Avvocati del Brasile, attraverso il quale richiedono la dichiarazione di incostituzionalità di alcune disposizioni della Legge 12.016/09

Parole Chiave: Mandado de Segurança Individuale – Mandado de Segurança Collettivo - Legge 12.016/09 – Progressi – Retrocessioni - Omissioni