

LEI N. 12.016/09 - ASPECTOS POLÊMICOS DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

Paulo Henrique dos Santos Lucon

Advogado. Mestre e Doutor em direito processual na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor de direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializou-se em direito processual civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual - IIDP e da International Association of Procedural Law. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral. Lucon@lucon.adv.br e www.lucon.adv.br.

Resumo: O presente artigo trata da recente Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009 que regulamenta o uso de mandado de segurança individual e coletivo. Será demonstrado que a lei foge das idéias iniciais dos integrantes da denominada “Comissão Caio Tácito” e representa, no geral, um retrocesso. Nesse sentido, dois vetos foram apresentados pelo Presidente da República: o primeiro relacionado ao parágrafo único do artigo 5º do PLC, no sentido de que a exigência de notificação prévia como condição para a propositura do mandado de segurança poderia gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo e o segundo veto relacionado ao parágrafo 4º do artigo 6º, que estabelece um prazo de 10 (dez) dias para que o impetrante rebata a suposta ilegitimidade da autoridade coatora no processo. Outros aspectos processuais também são tratados, tais como o cabimento de recurso; a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo; a relação entre demandas nos mandado de segurança individual e coletivo; a criminalização na desobediência da ordem; a coisa julgada; o depósito para a apreciação (e eventual concessão) de liminares; e por fim, a vedação de liminares e execução provisória (I) em matéria remuneratória, (II) para a compensação de créditos tributários e (III) quando o seu objeto for a entrega de bens e mercadorias provenientes do exterior.

Abstract: The present article treats the recent Statute n. 12.016, enacted on august 7th 2009, that regulates the use of the writ of mandamus (mandado de segurança), both in joint claims and individually. It will show that the Statute does not follow the initial ideas of the “Commission Caio Tácito”, and represents, overall, a setback. In the same way, two vetoes were presented by the President of Brazil: the first related to the paragraph of the 5th article of the draft, justifying that a preliminary notice is required to seek a writ of mandamus, and how creates a discussion related to the time limit; and the latter related to the forth paragraph of the 6th article, that establishes a deadline of ten days for the petitioner to contest the alledged illegitimacy of the responsible authority. Other aspects are also treated, such as the procedure of appeal; standing to sue; joinder of claims; criminal contempt; *res iudicata* and preclusion; security deposit for appeal; and, lastly, the

banishing of provisional measures (I) in salary matters, (II) for the compensation of tax credits and (III) for the release of foreign goods.

Palavras-chave: Mandado de Segurança, Lei n. 12.016/09, vetos, aspectos polêmicos, questões processuais.

Key words: Injunction, Law 12.016/09, vetoes, controversial aspects, procedural issues.

1. Introdução: a nova Lei do Mandado de Segurança e seus antecedentes

A recente Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009 regulamenta o uso de mandado de segurança individual e coletivo.

Na Constituição Federal de 1988, são dois os incisos que tratam do tema no art. 5º:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso do poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, c) entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

De tal previsão constitucional emergem certos elementos essenciais, muito bem relacionados pelo tributarista HUGO DE BRITO MACHADO:

a) uma garantia constitucional que, como tal, não pode ser abolida, direta ou indiretamente, pela lei; b) um instrumento processual destinado a proteger todo e qualquer direito, desde que líquido e certo e não amparado pelo *habeas corpus* nem pelo *habeas data*; c) uma garantia constitucional e um instrumento processual, do particular, contra o Poder Público.¹

A partir de tais elementos, conclui-se ser o mandado de segurança instituto processual-constitucional dirigido a todo ato ilegítimo de poder. Mas é no processo que essa garantia emerge do campo puramente teórico-constitucional para a atuação prática, já que, se não houver remédio ou mesmo meio de irrisignação contra manifestações ilegítimas do exercício do poder, caberá a via jurisdicional do mandado de segurança.²

¹ - **Mandado de segurança em matéria tributária**, 3ª ed., São Paulo, Dialética, 1998, p. 13.

² - “Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Mandado de Segurança impetrado contra decisão do Relator que converte o Agravo de Instrumento em Agravo Retido. Descabimento no caso de haver previsão de recurso no Regimento Interno do Tribunal como ocorre no Estado do Rio de Janeiro - o chamado ‘Agravinho’. I. Havendo previsão, no âmbito do Tribunal de origem, de recurso interno, como, no caso, o chamado “Agravinho”, para decisões unipessoais do Relator, não cabe Mandado de Segurança contra decisão do Relator que transforma o Agravo de Instrumento em Agravo Retido, incidindo no caso a Súmula 267/STF. II. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança improvido” (STJ, 3ª Turma, RMS n. 26828-RJ, rel. min. Sidnei Beneti, J. 28.10.2009).

Nessa linha, o remédio constitucional previsto nos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal não pode sofrer limitações nem mesmo por lei.

Em legislação comparada, o mandado de segurança assemelha-se ao amparo mexicano, que admite a suspensão do ato impugnado antes do julgamento final da causa. Tal suspensão pode ser determinada *initio litis*, por decisão *ex officio* ou a pedido do demandante. Outro aspecto relevante diz respeito à caução, passível de ser imposta a fim de reparar danos que a suspensão causar ao interessado.³

Muito mais que processo ou ação, em termos de atuação sobre o mundo fático, o mandado de segurança é um comando ou ordem que o órgão judiciário dirige à autoridade coatora.⁴ Em apertada síntese, é um provimento jurisdicional e sua obtenção fica condicionada à propositura de demanda, ao regular exercício das vias processuais preestabelecidas e à presença dos pressupostos essenciais ao pronunciamento de mérito. Por meio do exercício da ação, forma-se um processo de cognição exauriente e se as provas pré-constituídas encartadas pelo impetrante *initio litis* forem suficientes para o convencimento do juiz, a decisão ao fim proferida é suscetível de se tornar imutável e formar coisa julgada material.

Enquanto que o mandado de segurança individual surgiu em 1934 e já vinha há muito disciplinado por meio da Lei n. 1.533 de 31 de dezembro de 1951, o mandado de segurança coletivo foi criado em 1988 pela Constituição Federal, mas ainda não tinha sido disciplinado pela legislação ordinária. O projeto que deu origem à Lei nº 12.016/09 é de autoria da Presidência da República. Tem como origem portaria conjunta da Advocacia-Geral da União, à época comandada pelo atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes. A proposta foi feita por comissão de juristas presidida pelo professor Caio Tácito e que teve como relator o professor e advogado Arnaldo Wald e como revisor o ministro do Supremo, Menezes Direito.

Também integraram a “Comissão Caio Tácito” os advogados Ada Pellegrini Grinover, Luís Roberto Barroso, Odete Medauar, e o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin. No entanto, a lei foge das idéias iniciais dos integrantes da

³- Cfr. IGNACIO BORGEOA, **El juicio de amparo**, 9ª ed., México, 1973, pp. 714-717.

⁴- Para CELSO AGRÍCOLA BARBI, em célebre obra, o mandado de segurança é “‘ação de cognição’, que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado” (**Do mandado de segurança**, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, n. 64. p. 44, atualizada por ELIANA BARBI BOTELHO). Como procedimento documental, ver LOPES DA COSTA, **Manual elementar de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 319.

denominada “Comissão Caio Tácito” e representa, no geral, um retrocesso.⁵ Em muitos casos, a nova lei limitou-se a repetir o que já estava consolidado na jurisprudência sem trazer qualquer novidade. No que concerne às poucas inovações, a nova lei veio para ilegitimamente limitar a utilização do mandado de segurança.

Apesar dessas considerações, de acordo com os motivos expostos quando de sua edição, a nova Lei do Mandado de Segurança, que faz parte do Segundo Pacto Republicano assinado no ano de 2009 pelos Três Poderes, tem por objetivo tornar o sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.

2. Dois vetos do Presidente da República

O Projeto de Lei da Câmara, PLC nº 125/2006, que deu origem à lei, recebeu apenas dois vetos do Presidente. Além disso a Ordem dos Advogados do Brasil nacional pediu o veto de mais quatro artigos, mas não foi atendida.

O primeiro veto foi contra o parágrafo único do artigo 5º do PLC, que diz que 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. O correto argumento a favor do veto é que a exigência de notificação prévia como condição para a propositura do mandado de segurança poderia gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo.

⁵ Vale ressaltar, inclusive, que há uma infeliz confusão sobre a composição da comissão que efetivamente elaborou a nova LMS. A fim de esclarecer essa confusão, ADA PELLEGRINI GRINOVER, que compôs a comissão há aproximadamente 10 anos, logo após as notícias de que teria participado da elaboração da nova LMS, assim se manifestou: “afastei-me por completo da comissão e não acompanhei o desenvolvimento de seus trabalhos. De qualquer modo, a lei em questão tem como origem projeto do Executivo, oriundo de portaria conjunta da Advocacia Geral da União, à época comandada por Gilmar Mendes. Quero deixar bem claro que não tenho qualquer responsabilidade na elaboração da lei que, no Mandado de segurança em geral, repete dispositivos da lei revogada, sem levar em conta a interpretação da doutrina e da jurisprudência que se formaram ao longo de 55 anos e que, quando inova, prejudica o cidadão (como, apenas para exemplificar na legitimação à apelação da autoridade coatora, que não é parte no processo). Em relação ao mandado de segurança coletivo, a nova lei distancia-se da doutrina e da lei no que tange ao minissistema brasileiro de processos coletivos (CDC e LACP), excluindo o mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses ou direitos difusos, restringindo a legitimação até em relação à Constituição e disciplinando a coisa julgada de modo a limitá-la e a desconsiderar seu regime na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos. O único ponto positivo da nova lei está na tipificação do crime de desobediência à ordem judiciária, mas é muito pouco para sustentar a legitimidade de um diploma legal que, numa questão tão importante para a defesa de um direito fundamental, não foi apresentada para discussão à sociedade e representa um verdadeiro retrocesso. Ada Pellegrini Grinover” (texto disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-out-18/professor-lei-mandado-seguranca-desastre> - acesso em 27 de outubro de 2009).

O segundo veto é do parágrafo 4º do artigo 6º, que estabelece um prazo de 10 (dez) dias para que o impetrante rebata a suposta ilegitimidade da autoridade coatora no processo. A justificativa do acertado veto é que a redação prejudica "a utilização de habeas corpus, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum".⁶

3. Outros vetos necessários

São interessantes alguns pronunciamentos sobre a nova disciplina do mandado de segurança quando da edição da lei.

Para o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a nova lei permitirá a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pelo mandado de segurança, além de consolidar a jurisprudência dos tribunais nessa matéria.

O Presidente nacional da OAB, Cezar Britto, criticou a decisão do presidente Lula de sancionar sem outros vetos a lei. Para Britto, a nova lei é "elitista e fere de morte o direito de defesa do cidadão". Ainda no seu entendimento, a exigência de depósito prévio para concessão de liminares, prevista na legislação, criará um verdadeiro "*apartheid*" no Judiciário entre pobres e ricos. Britto afirmou que "não é possível admitir que apenas os dotados de bens, que podem efetuar depósito prévio, poderão ter medidas liminares em seu favor. Essa disposição cria uma justiça acessível apenas aos ricos, inconcebível em um Estado Democrático de Direito".⁷ Assim no correto entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o veto ao projeto deveria ter recaído também sobre outros pontos, como por exemplo sobre o artigo 7º, inc. III, e o parágrafo segundo do artigo 22, que condicionam a concessão de liminares à prestação de garantia e "*amesquinham*" a amplitude constitucional do mandado de segurança. Outro veto proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil diz respeito ao dispositivo que proíbe liminares a favor de servidores públicos, quando diz respeito à matéria remuneratória.

Por esses aspectos, lamentavelmente um tanto casuísticos, a Nova Lei do Mandado de Segurança já começa a sua vigência com um valor qualitativamente inferior à anterior.

⁶- texto disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1675094/sancionada-a-nova-lei-sobre-mandado-de-seguranca>. acesso em 19 de fevereiro de 2010.

⁷- texto disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1675094/sancionada-a-nova-lei-sobre-mandado-de-seguranca>. acesso em 19 de fevereiro de 2010.

4. Aspectos puramente processuais dignos de nota

Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo (art. 21, *caput*). A legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo segue o modelo já constante da Lei de Ação Civil Pública de 1985 (Lei n. 7.347). É necessário observar que o magistrado deve se preocupar com a prova do efetivo desenvolvimento de atividades voltadas à defesa dos interesses e direitos relacionados com seus fins institucionais.

Assim, a legitimidade ativa aproxima-se da representatividade adequada, requisito esse exigido nas *class actions* norte-americanas.

O binômio seriedade-eficiência deve ser demonstrado pelo ente que ingressa em juízo, ou seja, se o demandante atua concretamente na proteção dos direitos dos quais se compromete a tutelar e se sua atuação está de acordo com as expectativas do grupo, categoria ou classe representados. Tal pressuposto também está presente nos países ligados ao sistema de *civil law*. Por exemplo: Bélgica (Lei de 12.01.1993); Itália (Lei n. 349/86); França (antiga Lei de 10.07.1976 e Decreto n. 77-760, de 7.7.1977) – em todos os casos leis relativas à proteção do meio ambiente.

A Lei n. 12.016/09, no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, determina que os partidos políticos podem ingressar com a ação objetivando a defesa de integrantes relacionados com a sua finalidade partidária ou defesa dos interesses de seus integrantes, mas não pode o partido político impetrar mandado de segurança com a finalidade de defender quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade. A intenção do legislador foi evitar a utilização do mandado de segurança coletivo desvinculado com os fins institucionais do partido político.

Essa limitação é um tanto ruim, já que haverá grande discussão em torno do que pode ser considerado ou não um “fim institucional” do partido político. Sabe-se que, em muitos casos, os fins institucionais de um partido político, constantes de seus documentos constitutivos, são um tanto amplos e muito próximos daquilo que se costuma enquadrar como direitos difusos. Por outro lado, é salutar e relevante deixar que os partidos políticos passem a atuar na defesa de direitos difusos, permitindo que a sociedade gradativamente busque a defesa de direitos que pertencem a todos indistintamente.

Legitimidade passiva no mandado de segurança (art. 6º, § 3º). No que diz respeito a legitimidade passiva no mandado de segurança a Lei n. 12.016-09 definiu que a autoridade coatora poderá ser aquela que praticou o ato e aquela de quem emanou a ordem.

Tal disposição não estava prevista na Lei anterior, de modo que existia grande discussão na doutrina e jurisprudência sobre quem deveria efetivamente ocupar o pólo passivo: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica à qual ela está vinculada.⁸ Nesse sentido, o Il. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, do Col. Superior Tribunal de Justiça se manifestou em Recurso em Mandado de Segurança, após o advento da nova lei:

A autoridade no Mandado de Segurança não é somente aquela que emitiu determinação ou ordem para certa providência administrativa ser implementada por outra autoridade, mas também a que executa diretamente o ato, praticando-o *in concreto*, conforme orienta o art. 6º, § 3º. da nova Lei do Mandado de Segurança, aplicável ao caso em exame, a teor do art. 462 do CPC (direito superveniente).⁹

Não cabimento de embargos infringentes. Com o advento da nova lei não mais caberão embargos infringentes no mandado de segurança. Trata-se de modificação legislativa que segue tendência de restringir o número de recursos, o que atualmente é um

⁸ - “Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas consequências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte”. (Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 158). **Em sentido contrário:** “A autoridade coatora, na verdade, não é parte passiva, mas a ‘representante processual’ da pessoa jurídica. Como bem argumenta Celso Agrícola Barbi, a ré na ação de mandado de segurança não é ‘a autoridade coatora’, mas a pessoa jurídica, da qual ela é órgão e não ré que determina o juiz natural do mandado de segurança”. (Adhemar Ferreira Maciel. *Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança*. Dimensões do Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 295-326).

⁹ - Nesse sentido: Quinta Turma. MS. LEI NOVA. AUTORIDADE. EXECUÇÃO. ATO. O RMS foi interposto em razão de o TJ ter extinguido mandado de segurança, sem julgamento de mérito, ao considerar a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, sob o fundamento de que o presidente do TJ teria apenas observado a recomendação do plenário do TCU ao suspender as decisões administrativas que garantiam aos servidores daquele Tribunal o recebimento de função comissionada integral cumulativamente com o cargo efetivo e com a VPNI (Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada), cujos valores continuariam a ser pagos a títulos de Verba Remunerada Destacada (VRD), após a implementação do Plano de Cargos e Salários instituído pela Lei n. 11.416/2006. O recorrente sustenta que tal orientação normativa teve origem em consulta da Vice-Presidência do TSE cujo procedimento não ensejou o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual não vincularia o TJ, que deveria ter analisado cada caso concreto antes de suprimir o pagamento em comento. Isso posto, explica o Min. Relator que, após o advento da Lei n. 12.016/2009 (nova lei do mandado de segurança), a autoridade coatora, no mandado de segurança, não é somente aquela que emitiu determinada ordem para certa providência administrativa ser implementada por outra autoridade, mas também a autoridade que executa o ato, praticando-o em concreto, conforme o disposto no art. 6º, § 3º, da nova lei, que, por sua vez, é aplicável ao caso em observância ao art. 462 do CPC (lei superveniente). Observa que também não houve a ilegitimidade da autoridade, pois a impetração não se volta contra a orientação normativa, mas em desfavor de ato da competência da presidência do TJ ao vulnerar direito líquido e certo do impetrante recorrente, tanto que foram colacionados, no MS, precedentes daquele tribunal reconhecendo que a ausência de intimação pessoal do servidor, no procedimento administrativo, ofenderia os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, o acórdão n. 582/2003 do TCU, que deu origem à orientação normativa, teve sua eficácia suspensa em razão de recurso administrativo (parágrafo único do art. 61 da Lei n. 9.784/1999) interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário (Sindjus-DF) e do Ministério Público da União, ainda sem julgamento, conforme certidão fornecida pelo próprio TCU. Diante do exposto, a Turma deu parcial provimento ao recurso apenas para determinar o retorno dos autos ao TJ para que, superada a preliminar de ilegitimidade passiva, dê prosseguimento ao *mandamus*, julgando-o como entender de direito. **RMS 29.630-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 6.10.2009 (publicado no informativo de jurisprudência n. 0410, de 5 a 9 de outubro de 2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça)**

grande excesso na legislação brasileira e se caracteriza como um dos graves problemas que atingem a celeridade processual.

Cabimento de recurso (agravo de instrumento) contra a decisão liminar (art. 16, *caput*). Contra a decisão que deferir ou indeferir a liminar em mandado de segurança, está claro pelo texto legal que cabe recurso ou melhor, agravo de instrumento. Tal recurso era aceito em diversos tribunais do país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.¹⁰ No entanto, alguns tribunais e alguns julgadores integrantes de determinados tribunais não conheciam do recurso de agravo de instrumento por não haver previsão legal o autorizando.¹¹ Esse entendimento sempre foi muito criticado e muitos direitos, por força desse retrógrado entendimento que provoca lesões a direitos, foram simplesmente desconsiderados. Na legislação anterior e na atual, parece até óbvio que se o Código de Processo Civil “constitui fonte subsidiária da disciplina do mandado de segurança, e se no sistema codificado as decisões interlocutórias comportam impugnação por agravo de instrumento, segue-se que o mesmo deve acontecer naquele processo”.¹²

¹⁰ - "Processual civil. Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Mandado de segurança. Decisão que defere pedido de liminar. Cabimento. Artigos 520 e 558, do Código de Processo Civil. - A decisão que concede ou nega liminar em sede de mandado de segurança é de natureza interlocutória, passível de ataque por meio de agravo de instrumento.- precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.- o artigo 558, do Código de Processo Civil, com a nova redação que lhe foi conferida pela lei nº 9.139/95, confere ao relator de agravo de instrumento competência para suspender a execução da decisão agravada, desde que susceptível de causar lesão grave e de difícil reparação". (STJ, 6ª Turma, Resp n. 184984/GO. rel. min. Vicente Leal, DJ.18.6.2001).

¹¹ - "Agravo Interno. Processual Civil. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Indeferimento de liminar. Inadmissibilidade. Não cabe agravo de instrumento contra decisão que indefere liminar em mandado de segurança. Ausência de previsão legal. Agravo interno com base no artigo 557, par. único do CPC, da decisão que nega seguimento ao agravo de instrumento. pelas razões, impõe-se seu não-provimento. Recurso não provido". (TJ-RS, 1ª Turma Especial, AI n. 70001326388, des. Rel. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, J. 16.8.2000).

¹² - Nesse sentido: "Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Agravo de instrumento contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição. Cabimento. 1. O agravo é o recurso cabível contra a decisão que defere ou indefere liminar em Mandado de Segurança, a teor dos arts. 527, II, e 588, do CPC, com a novel redação dada pela Lei 9.139/95. Precedentes do STJ: REsp 776.667/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 26/04/2007; AgRg no Ag 837.628/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ de 21.05.2007; REsp 829.938/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ de 25.08.2006; e REsp 743.154/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ de 27.06.2005. 2. A supressão de recurso tendente a modificar o provimento liminar, em sede de writ, viola os princípios constitucionais processuais da ampla defesa e do *due process of law*. 3. É que subtrair a possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra a decisão, que concede ou denega a liminar em mandado de segurança, ressoa incompatível com os cânones da ampla defesa e do devido processo legal de previsão jusconstitucional. 4. Dessarte, considerando que o agravo é instrumento recursal que desafia qualquer decisão interlocutória, independentemente do rito inerente à ação, correta se mostra a sua utilização contra a decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança. (...) 7. A título de argumento obiter dictum, sobreleva notar, que a novel legislação disciplinadora do mandado de segurança individual e coletivo (Lei 12.016/2009) não afasta a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes, ao revés, prevê expressamente em seu art. 15. 8. In casu, trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão

Possibilidade de impetração por meio eletrônico ou fax (art. 4º). Essa previsão já havia em lei especial (Lei n. 8.900/90) e não constitui novidade. Apenas deixa clara essa possibilidade a fim de possibilitar uma maior agilidade no ingresso e processamento do mandado de segurança.

Relação entre demandas – mandado de segurança individual e coletivo (art. 22, §1º). Há dispositivo prevendo a necessidade de desistência do mandado de segurança individual para que ele possa se beneficiar do resultado do mandado de segurança coletivo. É uma forma que o legislador brasileiro encontrou para disciplinar os chamados *opt in* e *opt out*, previstos nas *class actions* norte americanas. No entanto, depois de transcorrido o prazo de 120 dias para impetração, não terá a possibilidade de o interessado se valer da via jurisdicional célere do mandado de segurança. Portanto, esse dispositivo tem grande valia se for conferido tratamento processual privilegiado ao processamento do mandado de segurança coletivo. Aliás, esse tratamento diferenciado, prestigiando a celeridade, deveria valer para todos os processos coletivos, mas a realidade brasileira mostra precisamente o contrário, já que esses processos demoram muito mais que os outros, de natureza individual. Na verdade, a realidade mostra que processos individuais têm tramitação mais célere, fazendo com que muitas discussões trazidas em maior profundidade no processo coletivo sejam deixadas de lado em razão de o processo individual já ter sido decidido.

Criminalização na desobediência de ordem (art. 26). A nova LMS criminalizou o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança (liminares ou definitivas), relacionando a omissão da autoridade coatora ao crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal.

Contudo, independentemente da natureza do crime ao qual a lei faz referência (prevaricação x crime de desobediência),¹³ é imperioso ressaltar que a criminalização de condutas, do ponto de vista prático, é inócua.

Isso porque é necessário o juiz oficial o Ministério Público para a apuração do eventual crime, *arrastando* o andamento do mandado de segurança até que se chegue a

concessiva de liminar em mandado de segurança, proferida pelo Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto, a qual determinou à autoridade, apontada coatora, o fornecimento de medicamentos à impetrante, por tempo indeterminado, até o término do tratamento, consoante decisão de fl. 36. 9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008” (STJ, 1ª Turma, REsp n. 1101740-SP, rel. min. Luiz Fux, J. 7.12.2009).

No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, “Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança”, in **Temas de direito processual, sexta série**, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 215 (v. ainda, farta referência doutrinária constante deste estudo, em especial constante da nota n. 7).

¹³- CASSIO SCARPINELLA BUENO, **A nova lei de mandado de segurança**, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 152-155.

alguma conclusão no âmbito criminal. 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*.

Seria, na verdade, muito mais eficaz o legislador fazer menção aos deveres de cooperação das partes e dos terceiros em relação ao processo, com a aplicação de *multa periódica (astreintes)* ou mesmo de *medidas destinadas à obtenção do resultado prático* ou mesmo *do equivalente resultado prático*. Há aqui um verdadeiro dever de cumprir as determinações emanadas dos órgãos jurisdicionais ou uma execução em *sentido impróprio*.¹⁴

A multa periódica constitui meio legítimo de pressão psicológica sobre aquele que não cumpre espontaneamente as determinações judiciais. Já as medidas práticas que asseguram o resultado prático podem ser determinadas pelo julgador levando-se em conta a mais adequada e que melhor atenda às especificidades do caso concreto. Esses mecanismos, embora não previstos na nova Lei do Mandado de Segurança, decorrem da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 461 do Código de Processo Civil, que relaciona no § 5º exemplificativamente as medidas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente. Não obstante a presença de um rol exemplificativo, o julgador, ao impor medida destinada a obtenção de tal resultado, deve observar os *limites da adequação e da necessidade* (utilidade) a partir das peculiaridades do caso. Se de um lado podem ser consideradas um *meio* (e esse é um atributo seu que sempre está presente), de outro essas medidas podem ser em alguns casos consideradas um *fim* no sentido prático, já que propiciarão em alguns casos a própria situação substancial pretendida pela parte.¹⁵

Coisa julgada. Convém esclarecer que não se aplica ao mandado de segurança a limitação territorial constante do questionável art. 16 da Lei de Ação Civil Pública. Portanto, a coisa julgada a ser obtida por meio do processo de mandado de segurança deve ser *erga omnes* e nunca limitada territorialmente.

Aspectos processuais não inovados pela nova lei.

(i) não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios, mas poderá ser aplicada pena por litigância de má-fé (art. 25);

¹⁴ V. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1959-1960, vol. II, p. 346.

¹⁵ Cfr. LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, n. 50, p. 164. V. também LUCON, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, coordenação Antonio Carlos Marcato, comentários aos arts. 644 e 645.

(II) 120 (cento e vinte) dias de prazo para a impetração, contados do ato violador do direito líquido e certo (art. 23);

(III) manutenção da suspensão de segurança – medida determinada normalmente pelos Presidentes dos Tribunais contra decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição a favor do poder público. Há quem sustente aqui que a suspensão de segurança viola o tratamento paritário das partes no processo e provoca uma “limitação ilegítima à eficácia que o sistema constitucional e processual empresta à liminar e à sentença do mandado de segurança”.¹⁶ No entanto, a suspensão de segurança é instituto de grande importância na medida em que procura evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às economias públicas” (art. 15, *caput*).

5. Alguns aspectos de direito material e processual dignos de nota

Depósito para a apreciação (e eventual concessão) de liminares.

Lamentavelmente, a exigência de depósito prévio constitui obstáculo ao acesso à justiça, já que somente aqueles dotados de condições financeiras terão direito à apreciação de seu pedido liminar.

Mas não é só: do ponto de vista da atividade econômica, a exigência de depósito prévio em situações de clara existência do direito do impetrante constitui óbice ao desenvolvimento do país, na medida em que retira do mercado recursos que propiciariam a circulação de riqueza.

O mandado de segurança e qualquer outro remédio constitucional não devem se sujeitar a limitações gerais que vedem a análise por parte dos órgãos do Poder Judiciário das particularidades do caso concreto. Isso porque se de um lado a Constituição Federal não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito e os remédios constitucionais (ou mais amplamente, as liberdades públicas), não podem sofrer limitação pela legislação infraconstitucional; de outro, leis nesse sentido vão na contra mão da história, pois os diplomas legislativos dos países de tradição romano germânica com algum caráter processual deixam clara a tendência de ampliação dos poderes do juiz a partir de um juízo de valor, principalmente fundamentado, a respeito das particularidades do caso concreto.

¹⁶ - MATEUS AIMORÉ CARRETEIRO, “Complicações para o mandado de segurança”, in **Valor econômico de 21.9.2009**, p. E2.

No caso da nova disciplina do mandado de segurança, a lei não pode limitar o poder do juiz de, por meio de decisão fundamentada, verificar concretamente as condições de se exigir do impetrante ou não o depósito prévio. Retirar do magistrado esse poder, significa compactuar com violações a direitos. Por isso, essa limitação legal poderá ser *incidenter tantum* reconhecida como inconstitucional pelo magistrado e deferida a liminar sem o depósito prévio diante das circunstâncias do caso concreto.

Vedação de liminares em matéria remuneratória (e execução provisória). A Lei do Mandado de Segurança de 2009 proíbe liminares em matéria remuneratória a favor de servidores públicos. Essa vedação geral também não encontra respaldo na Constituição Federal, que não admite lei que permita ou autorize lesões irreparáveis. As liminares a favor de servidores públicos em matéria remuneratória devem ser excepcionais, mas não podem ser aprioristicamente excluídas por meio de lei.

Vedação de liminares (e execução provisória) para a compensação de créditos tributários. Por dispositivo constante da nova LMS, vedada é a concessão de liminares destinadas a compensar créditos tributários. No entanto, se a compensação está inequivocamente demonstrada por meio de prova documental (prova pré-constituída), porque não admitir a suspensão de execução fiscal na qual já se sabe não poder prosperar? Não há razões de ordem lógica para não admitir pelo menos a antecipação de alguns aspectos práticos da decisão, transitada em julgado e proferida em sede de mandado de segurança, que reconheça a compensação.

Vedação de liminares (e execução provisória) quando o seu objeto for a entrega de bens e mercadorias provenientes do exterior. Pelo art. 60, par. único da Lei n. 12.016/09, não poderá ser concedida liminar destinada a “liberar mercadorias e bens provenientes do exterior”. Da mesma forma que a vedação de liminares em matéria remuneratória de servidores públicos, a nova disciplina certamente provocará lesões irreparáveis quando manifestamente presente o direito do impetrante *initio litis*. A vedação genérica à concessão de medidas de urgência fere a garantia constitucional de processo justo, já que de nada adianta em muitos casos uma decisão justa porém intempestiva, incapaz de tutelar o direito da parte. Concretamente, o art. 60, par. único compactua com o dano irreparável.¹⁷ Por outro lado, é preciso se ter em mente que as medidas de urgência fundam-se no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no inc.

¹⁷- V. MATEUS AIMORÉ CARRETEIRO, “Complicações para o mandado de segurança”, in **Valor econômico de 21.9.2009**, p. E2; CRISTIANO CARVALHO, “Ineficiência e o novo mandado de segurança”, in **Valor econômico de 25. 9.2009**, p. E2.

XXXV do art. 5º da Constituição Federal; uma decisão judicial tardia e intempestiva nada tutela.

6. Liminar no mandado de segurança

Exatamente por constituir *remédio heróico* destinado a corrigir desvios praticados por agentes públicos detentores de poderes que, para desempenho de suas funções, precisam ser-lhes outorgados, o mandado de segurança exige um procedimento célere, apto a possibilitar uma providência jurisdicional rápida e de eficácia imediata.¹⁸

Por sua inegável relevância prática e doutrinária, no procedimento especialíssimo do mandado de segurança destaca-se a suspensão liminar do ato impugnado. Sua concessão depende de dois pressupostos indispensáveis: a) relevância do fundamento justificador do pedido; b) ineficácia do julgamento final em razão da demora, caso seja ao fim concedida a segurança.¹⁹

Outro aspecto a ser destacado é a polêmica em torno da natureza da liminar concedida no mandado de segurança.

A maior parte da doutrina brasileira que estudou o tema, sustenta ter a liminar natureza de medida cautelar.²⁰ Outros autores, porém, negam ter a ordem liminar natureza cautelar, mas de verdadeira tutela antecipada da segurança que ao fim o impetrante deseja.²¹

Antecipando ou não a segurança, certo é que a liminar no mandado de segurança é um comando dado após cognição sumária, pois o impetrante deve produzir, já na petição inicial da impetração, a prova do direito líquido e certo. Ao concedê-la, o juiz não realiza um mero juízo de verossimilhança acerca da existência do direito (cognição superficial), mas verdadeiro juízo de probabilidade (cognição sumária).

Em função de ser uma ordem concedida *initio litis* em cognição sumária para

¹⁸ - V. DINAMARCO, “Execução provisória de mandado de segurança”, in **Fundamentos do processo civil moderno**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, n. 302, p. 472.

¹⁹ - PONTES DE MIRANDA, sempre contundente, fala em *ineficiência da segurança* em seus **Comentários ao Código de Processo Civil** (de 1939), Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 5, p. 191.

²⁰ - Nesse sentido, v., entre outros, CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Do mandado de segurança cit.**, n. 186, pp. 141-142; OTHON SIDOU, **Do mandado de segurança**, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 215; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança”, Rio de Janeiro, Forense, RF 178/465.

²¹ - HAMILTON DE MORAES E BARROS sustenta que a liminar constitui “entrega provisória e antecipada do pedido” (“Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973”, Rio de Janeiro, Forense, RF 246/202).

tutelar de imediato determinado direito líquido e certo, tem a liminar no mandado de segurança a natureza jurídica de medida de urgência, não definitiva.²² Nessa linha, perfeitamente possível exigir-se do impetrante, sempre a partir das circunstâncias que lhe são apresentadas e fundamentadamente, caução que atua como verdadeira garantia.²³ O que não se pode admitir, como dito, é a lei estabelecer vedações de caráter geral à concessão de liminares. Até mesmo normas gerais, que não levam em consideração as especificidades do caso concreto, apenas autorizando a concessão de liminares mediante caução, devem ser questionadas e vistas com certa reserva.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à duração da ordem liminar no mandado de segurança, que ordinariamente se estende até o momento em que é revogada ou confirmada por ato fruto de maior cognição, que a substitui.

Como já afirmado, “a liminar concedida *initio litis*, pelo mesmo fenômeno que ocorre no processo cautelar, não mais deve subsistir sendo denegada a segurança (ou simplesmente, julgado improcedente o pedido deduzido na petição inicial)”.²⁴ E ainda: “é inconcebível a manutenção de uma decisão liminar, fruto de cognição sumária, havendo uma sentença, ato logicamente superior e resultado de cognição exauriente, denegando a segurança pretendida pelo impetrante”.²⁵

No entanto, nada impede que o juiz receba o recurso interposto contra a sentença no efeito suspensivo. A grande realidade é que o juiz, ao receber o recurso contra a sentença, se houver requerimento da parte, poderá antecipar a tutela recursal, seja para suspender os efeitos da sentença passível de execução provisória, seja para antecipar a própria tutela recursal que constitui o pedido formulado no mandado de segurança. Contra essa decisão, caberá agravo de instrumento dirigido ao Tribunal competente e o relator designado poderá ou não conceder o efeito suspensivo ou ativo.

²²- FREDERICO MARQUES corretamente sustenta que o juiz, ao conceder a liminar apenas pratica “ato jurisdicional de cognição incompleta, proferido segundo o estado da causa” (**Instituições de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 4, p. 210).

²³- Coerente com seu posicionamento segundo o qual tem a liminar natureza cautelar, CELSO AGRÍCOLA BARBI sustenta ser possível exigir-se a contracautela, **Do mandado de segurança** *cit.*, n. 186, p. 145.

²⁴- LUCON, **Eficácia das decisões e execução provisória**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, n. 86, p. 321. Com igual entendimento, v. CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Do mandado de segurança**, n. 192, p. 151. *Cfr.* ainda a Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal: “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”. MENDONÇA LIMA, em sentido contrário, defende a subsistência da liminar mesmo após o trânsito em julgado da sentença (*op. cit.*, pp. 462-466).

²⁵- LUCON, **Eficácia** *cit.*, pp. 321-322.

7. Conclusão

Alguns pontos aqui suscitados merecem uma detalhada análise por parte dos órgãos do Poder Judiciário, com a análise *incidenter tantum* ou *principaliter* da constitucionalidade de certos dispositivos da Lei n. 12.016/09.

A nova Lei é processualmente pouco mais avançada que a anterior, mas quando trata de matérias processuais e de direito material, principalmente no que concerne à vedação apriorística de liminares, em situações casuísticas nada técnicas do ponto de vista legislativo, viola frontalmente o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV).

Por fim, entende-se que, para evitar as drásticas inovações feitas pelo legislativo, convém buscar uma maior participação da comunidade jurídica na edição das leis, o que infelizmente não se viu na nova Lei do Mandado de Segurança.

8. Referências bibliográficas

- BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Do mandado de segurança*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, n. 64. atualizada por ELIANA BARBI BOTELHO.
- BORGOA, IGNACIO. *El juicio de amparo*, 9ª ed., México, 1973.
- CARRETEIRO, MATEUS AIMORÉ. Complicações para o mandado de segurança, in *Valor econômico de 21.9.2009*.
- CARVALHO, CRISTIANO. Ineficiência e o novo mandado de segurança, in *Valor econômico de 25. 9.2009*.
- DA COSTA, LOPES. *Manual elementar de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1956.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Execução provisória de mandado de segurança, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, n. 302.
- FERREIRA MACIEL, ADHEMAR. Observações sobre a autoridade coatora no mandado de segurança. *Dimensões do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-out-18/professor-lei-mandado-seguranca-desastre> - acesso em 27 de outubro de 2009.
- LIMA, ALCIDES DE MENDONÇA. *Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, RF 178/465.

- LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, coordenação ANTONIO CARLOS MARCATO, comentários aos arts. 644 e 645.
- LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, HUGO DE BRITO. *Mandado de segurança em matéria tributária*, 3ª ed., São Paulo, Dialética, 1998.
- MARQUES, FREDERICO. *Instituições de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 4.
- MIRANDA, PONTES DE. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 5.
- MORAES, ALEXANDRE DE. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000.
- MORAES E BARROS, HAMILTON DE. *Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973*, Rio de Janeiro, Forense, RF 246/202.
- MOREIRA, BARBOSA. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança, in *Temas de direito processual, sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *A nova lei de mandado de segurança*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- SIDOU, OTHON. *Do mandado de segurança*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.
- V. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1959-1960, vol. II.