

# O MANDADO DE SEGURANÇA, APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.016/09 <sup>1</sup>

Renata Alice Bernardo Serafim de Oliveira<sup>2</sup>

Juíza Federal Substituta do 1º Juizado Especial Federal de São Gonçalo

**RESUMO:** Este artigo promove uma análise crítica acerca das alterações na ação de Mandado de Segurança, trazidas pela Lei nº 12.016/09, com base na natureza constitucional do instituto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de Segurança. Liminar. Remédio constitucional

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 O Fundamento constitucional do mandado de segurança 3 Conceito de direito líquido e certo e ato coator 4 Formas de impetração do mandado de segurança: Mandado de segurança eletrônico 5 Questões relativas à legitimidade 6 A correção do polo passivo 7 Indeferimento da inicial. Casos de denegação da segurança 8 Procedimento e relação processual 9 Medida liminar: concessão e restrições 10 Perempção ou caducidade da liminar 11 Suspensão da liminar e recursos 12 Sentença terminativa/denegatória 13 Mandado de segurança coletivo 14 Conclusão

## 1 Introdução

A Constituição Federal, nos incisos LXIX e LXX do art. 5º, disciplina a ação de mandado de segurança. Este remédio constitucional vinha sendo regulado principalmente pela Lei nº 1.533/1951, que, embora tenha passado por alterações, não conferia a este importante instrumento de proteção de direitos fundamentais o tratamento adequado.

A recente Lei nº 12.016/2009 trouxe alguns avanços na regulamentação desta ação constitucional - como, por exemplo, a regulação de um procedimento para o mandado de segurança coletivo, que apesar de previsto na Constituição Federal, até o momento não era disciplinado por legislação ordinária.

Entretanto, em alguns aspectos a nova lei foi conservadora, gerando certos questionamentos na prática judiciária. O debate acerca da constitucionalidade de certos dispositivos levou à propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4.296), pela Ordem dos Advogados do Brasil, como será mais bem abordado no decorrer deste trabalho.

## 2 A ação constitucional de mandado de segurança

O mandado de segurança constitui uma ação civil individual ou coletiva para a tutela dos direitos fundamentais, relativos às liberdades públicas, previstos no art. 5º da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de um instrumento de tutela específica para conter e limitar a atividade estatal.

<sup>1</sup> Enviado em 19/11/2009, aprovado em 10/2 e aceito em 19/3/2010.

<sup>2</sup> E-mail: renata.serafim@jfrj.jus.br.

Ressalta-se que o mandado de segurança não tutela todo o universo das liberdades públicas, uma vez que o próprio legislador constitucional, no art. 5º, LXIX, limitou a sua utilização para os casos não resguardados pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*.

O artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal dispõe: “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”.

Diante de sua matriz constitucional, entendo que o ponto de partida para a análise das disposições contidas na Lei nº 12.016/2009 deve ser a norma constitucional. O choque com a norma constitucional pode ocorrer por duas vertentes: a) se inexistente norma expressa que regule o procedimento da ação constitucional; b) se existe a norma ordinária, mas esta contrária ou não realiza em plenitude o anseio constitucional. No primeiro caso, deve o órgão jurisdicional suprir a lacuna existente no sistema, por meio de integração com outras fontes do Direito. No segundo, seria o caso de afastar a interpretação, decorrente da leitura da norma infraconstitucional, que estipula procedimento inadequado à concretização do direito fundamental estabelecido na Constituição.

Desse modo, a análise das alterações trazidas pela Lei nº 12.016/2009 deve ser realizada com enfoque na constitucionalidade da interpretação de seus dispositivos.

### 3 Conceito de direito líquido e certo e ato coator

A propositura da ação de mandado de segurança depende da existência de um direito líquido e certo. A aludida expressão refere-se àquele ato ilegal ou abusivo que pode ser demonstrado de plano, mediante prova meramente documental. Caso seja necessária uma cognição profunda, por meio de dilação probatória, a situação não deverá ser resolvida por meio deste remédio constitucional.

Impende ressaltar que a controvérsia sobre a matéria de direito não compromete a impetração da ação, nos termos da Súmula nº 625, do STF: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”. A complexidade dos fatos à evidência, também não excluiu a utilização do *writ*: basta que todos os elementos do direito encontrem-se comprovados de plano.

A ação mandamental pressupõe, ainda, a existência de um ato coator. Este deve ser entendido como aquele ato ou omissão de pessoa investida de parcela do Poder Público, eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Aqui, cabe tecer algumas observações. É possível impetrar mandado de segurança contra atos praticados por dirigentes de pessoas jurídicas ou pessoas naturais, no exercício de atribuições do Poder Público, somente quando disser respeito a essas atribuições - fato reproduzido na nova lei (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/09) e disciplinado na Súmula nº 510, do STF: “Praticado o ato

por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

Contudo, nos atos de mera gestão, não é possível impetrar mandado de segurança contra o dirigente de uma instituição privada delegatária de função pública. Neste sentido, assim dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.016/09: “Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”. Insta salientar que este dispositivo vem sendo questionado em sede da ADI nº 4.296, sob a alegação de que o inciso LXIX do art. 5º da Constituição, apenas restringiu as hipóteses de cabimento quando a medida não for amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, e não é permitido ao legislador aumentar as hipóteses de limitação da via heroica.

Salienta-se que a Lei nº 12.016/09, no art. 1º, § 1º, equiparou os representantes ou órgãos de partidos políticos a autoridades públicas: os atos daqueles agora podem ser controlados judicialmente por meio de mandado de segurança.

No que tange ao ato legislativo, sabe-se que o mandado de segurança não pode ser utilizado contra violação de lei em tese (Súmula nº 266, do STF), com exceção para a lei de efeitos concretos.

Quanto ao ato judicial, a Lei nº 12.016/09 tem redação mais ampla que a anterior. O art. 5º, II, afirma que não cabe mandado de segurança contra “decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”. Antes, exigia-se que o pronunciamento fosse irrecurável (art. 5º, II, da Lei nº 1.533/1951). Cabe ponderar, entretanto, que a melhor interpretação para o dispositivo é no sentido de restringir o mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso que tenha ou possa ter efeito suspensivo. Como exemplo, temos o recurso de agravo de instrumento, que pode ter efeito suspensivo, conforme dispõe o art. 558 do CPC - não é admitida, a princípio, a via do mandado de segurança.

Por fim, a Lei nº 12.016/09 não reproduziu a vedação contida na Lei nº 1.533/51 - art. 5º, III - quanto ao não cabimento de mandado de segurança para atacar ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com não observância de formalidades essenciais. Ora, sendo o ato disciplinar espécie de ato administrativo, tal vedação era insubsistente.

#### **4 Formas de impetração do mandado de segurança. Mandado de segurança eletrônico**

O mandado de segurança normalmente é repressivo de uma ilegalidade já cometida. No entanto, também pode ser utilizado na modalidade preventiva. Ambas as modalidades estão abarcadas pelo art. 5º, XXXV, da CF, que estabelece a utilização do *writ* para as situações de ameaça e lesão.

Com efeito, o mandado de segurança preventivo assume função inibitória, uma vez que visa a impedir a consumação do dano. Registra-se que o mandado de segurança preventivo pode vir a se convolar em repressivo durante o trâmite processual. Isso acontece nos casos em que o ato atacado anteriormente não tenha esgotado o seu objeto.

A inovação trazida pela nova lei, no entanto, refere-se ao art. 4º, que admite a prática de atos processuais por meio eletrônico, em consonância com as leis nº 9.800/99 e 11.419/06. Assim, o aludido dispositivo faz referência expressa à possibilidade de ajuizamento de ação por meio de telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico, “em caso de urgência”. Como crítica, impõe salientar que o mandado de segurança já é uma medida de urgência: logo, sua utilização por meio eletrônico já seria uma realidade, principalmente desde a Lei nº 11.419/06.

## 5 Questões relativas à legitimidade

A nova lei, no seu art. 1º, *caput*, expressa o que já era consagrado na doutrina e na jurisprudência: tanto a pessoa física como a jurídica possuem legitimidade para a propositura do mandado de segurança. Uma questão relevante a ser abordada é no que tange ao litisconsórcio. A novidade é que a Lei nº 12.016/2009 destacou a proibição do litisconsórcio facultativo ativo ulterior, por burlar o princípio do juiz natural, mediante norma expressa no art. 10, § 2º: “O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial”.

No caso de legitimidade extraordinária concorrente, ou seja, quando o ato lesivo provoca dano envolvendo o interesse de mais de um colegitimado, não houve nova redação no § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016/2009 em relação ao texto da lei anterior, ao dispor: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.”

Saliente-se, ainda, que o art. 3º da Lei nº 12.016/09 tutelou a expectativa legítima do terceiro de boa-fé que não pode ser prejudicado pela inação do titular do direito. Isso ocorre nos casos em que o ato coator praticado provoca efeito reflexo ou direto sobre interesse jurídico de terceiro. Assim como na legislação anterior, a nova lei permite que o terceiro possa ajuizar o mandado de segurança antes do próprio titular. A novidade é que o novo texto fixa o prazo de 30 dias, sendo a legitimidade superveniente após o escoamento do prazo legal. Na hipótese de o terceiro ajuizar a ação sem comprovar que foi realizada a notificação, é aconselhável ao juiz determinar a suspensão do processo com a intimação do suposto titular do direito. Vencido o prazo sem qualquer manifestação por parte do titular, deve o rito prosseguir com o terceiro no polo ativo. Caso o titular originário compareça ao processo, o terceiro deverá assumir a posição de assistente.

Em relação ao polo passivo, embora o ato contestado pelo mandado de segurança tenha sido praticado pela autoridade coatora, ou seja, pessoa física que exerce função pública, esta não será a parte processual. É a pessoa jurídica quem deverá ocupar o polo passivo e quem suportará os efeitos da sentença. Há, ainda, a possibilidade de existir litisconsorte passivo necessário, conforme determina a Súmula nº 631, do STF: "Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário."

Por fim, a nova lei - no art. 6º, § 3º - prevê o conceito de autoridade coatora, ao dispor que: "Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.". E inova ao expor que a autoridade coatora poderá recorrer na condição de terceiro prejudicado, nos termos do art. 14, § 2º, além de poder atuar em nome próprio como assistente simples (art. 50 do CPC).

## 6 A correção do polo passivo

É comum haver problemas quanto à indicação da autoridade coatora nas ações de mandado de segurança, tendo em vista a multiplicidade de normas da própria estrutura da Administração Pública brasileira.

Nesse sentido, a versão da Lei nº 12.016/09 aprovada no Congresso Nacional procurou amenizar o rigor formal da indicação da autoridade coatora. O art. 6º, na versão anterior ao veto presidencial, estabelecia no § 4º: "Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias observado o prazo decadencial". Sucede que o referido dispositivo foi vetado durante a sanção presidencial.

É pertinente, no entanto, a leitura da justificativa para tal veto (Mensagem nº 642/09):

A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum.

Portanto, a justificativa adotada esclarece que o intuito do veto era impedir a consumação da decadência no mandado de segurança durante o período em que a emenda fosse processada.

Desse modo, a correção do polo passivo pela falha na indicação da autoridade coatora é uma necessidade de ordem prática, em decorrência da dificuldade de

compreensão da própria estrutura da Administração Pública, uma vez que não raro aquele que aparenta ser a autoridade coatora não o é de fato. Ressalte-se que a correta indicação da autoridade coatora é fundamental, pois a ilegitimidade passiva pode resultar na incompetência do juiz. Portanto, deve ser possível o ajuste na petição inicial quanto à autoridade coatora apontada na inicial, desde que não haja erro grosseiro, a fim de evitar sentença terminativa, que não atende aos princípios constitucionais da efetividade e celeridade na prestação jurisdicional.

## **7 Indeferimento da inicial. Casos de denegação da segurança**

A Lei nº 12.016/09, art. 6º, tratou sobre os requisitos para a petição inicial. É relevante comentar o § 5º, que trata sobre o indeferimento da inicial. De acordo com o dispositivo, a falta de qualquer dos requisitos exigidos para a postulação autoriza o juiz a indeferir o mandado de segurança.

Contudo, em consonância com o entendimento acima defendido, entendo que, em determinados casos, seja aconselhável permitir a possibilidade de emendar a inicial, diante da magnitude constitucional do instituto em análise, aplicando-se, supletivamente o art. 284, parágrafo único, do CPC.

## **8 Formação da relação processual**

Com efeito, o *iter* procedimental previsto pela Lei nº 12.016/09 é marcado pela celeridade e concentração dos atos processuais. O art. 7º condensou, em sua estrutura, textos de outras leis que estavam relacionadas à antiga Lei nº 1.533/51 - leis nº 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92.

O art. 7º, I, refere-se à angularização da relação processual mediante notificação da autoridade coatora, que deverá prestar informações no prazo de 10 dias, fornecendo os subsídios materiais para a defesa do Poder Público. Por sua vez, o inciso II segue o sistema da dupla cientificação, ao determinar que “se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”.

É desnecessária, contudo, a norma do art. 9º da lei que estabelece o dever funcional da autoridade coatora de informar, no prazo de 48 horas, ao representante judicial competente a concessão da medida liminar. Ora, o representante da pessoa jurídica, por já integrar a relação processual, será intimado de todos os atos no decorrer do processo.

## 9 Medida liminar: concessão e restrições

A Lei nº 12.016/09, art. 7º, III, dispõe que para a concessão da liminar é “facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” O referido dispositivo deve ser tomado com certa ponderação. Isso porque se a prestação de caução virar regra, a capacidade financeira configurará um requisito para a concessão da liminar, o que privará a grande massa de cidadãos do país da tutela de urgência na ação mandamental. Portanto, a exigência da prestação de caução deve ser entendida como uma alternativa, mas não como regra, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Ressalta-se que o referido dispositivo tem sua constitucionalidade questionada no STF, na ADI nº 4.296, por implicar limite à capacidade postulatória, ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A seguir, o art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.016/09, trata sobre os efeitos da concessão da liminar, ao dispor: “Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.”. Essa redação corrigiu um defeito que limitava a eficácia da liminar, em razão do tempo, previsto no antigo art. 1º, “b”, da Lei nº 4.348/64, que assim determinava: “A medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por 30 (trinta) dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação”.

Quanto às restrições à concessão da tutela liminar, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09 estabelece duas ordens de restrição: a primeira, de índole tributária; e a segunda, relativa aos servidores públicos. Assim dispõe o referido dispositivo: “Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”

Para melhor compreender a primeira parte do dispositivo, cabe a leitura da Súmula nº 213, do STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”. E da Súmula nº 212, do STJ: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar antecipatória”. Logo, verifica-se que a nova lei apenas abarcou o entendimento jurisprudencial já consolidado nas súmulas acima destacadas.

Ressalte-se, que a restrição da liminar também abarca a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, o que também estava previsto na legislação anterior revogada (Lei nº 2.770/56), porém era afastado em determinados casos pela jurisprudência, como na hipótese de bens perecíveis.

Logo, a nova lei, ao reproduzir o dispositivo legal em comento, deixou de levar em consideração a Jurisprudência relacionada à proibição legal em análise, o que demandará do aplicador do Direito interpretar o dispositivo, de forma a ponderar os valores constitucionais envolvidos no caso concreto.

Já a segunda parte do dispositivo legal restringe a concessão de liminar em favor do funcionalismo público, ao proibir a liminar para fins de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento, extensão de vantagens, ou, ainda, para pagamentos de qualquer natureza. Seguiu, portanto, o disposto art. 5º da Lei nº 4.348/64, que previa: “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença”. Nesse mesmo sentido, o art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/66: “Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

As mencionadas limitações à concessão de liminar são objeto de questionamento, na ADI nº 4.296, quanto à constitucionalidade dos dispositivos correlatos da Lei nº 12.016/09. Entre os principais argumentos, está a violação ao princípio da separação dos poderes - art. 2º da CF -, na medida em que o legislador mitiga a possibilidade de concessão da tutela liminar e fere a garantia fundamental do mandado de segurança e do acesso à jurisdição, nos termos dos incisos XXXV e LXIX do art. 5º da Constituição.

Por sua vez, o § 5º do art. 7º da Lei nº 12.016/09 completa o conjunto de restrições à concessão de liminar. Trata sobre a vedação da liminar no processo de conhecimento, cuja previsão pode ser encontrada na Lei nº 9.494/97, mediante a leitura do art. 1º: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” Lembre-se que a Lei nº 9.494/97 foi declarada constitucional pelo STF (ADC nº 4).

Dessa forma, o referido dispositivo visa a proteger o Poder Público, eliminando eventual subterfúgio por parte do jurisdicionado, ao impedir a concessão da tutela antecipada na ação ordinária, previsão já agasalhada pelo art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348/64. Mas há exceções, conforme já consagrado no verbete nº 729 da Súmula do STF: “A decisão na ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

## 10 Perempção ou caducidade da liminar

O art. 8º da Lei nº 12.016/09 prevê: “Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida



a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.” Este dispositivo deriva do art. 2º da Lei nº 4.348/64, e impõe sanção ao impetrante que atua com desídia no processo.

Contudo, a previsão específica de perempção da liminar - abandono da causa -, que constava no art. 2º da Lei nº 4.348/64, foi eliminada na nova lei, embora a contumácia do impetrante, implique a resolução do processo, sem análise de mérito, nos termos do art. 267, III, do CPC.

## 11 Suspensão da liminar e recursos na ação mandamental

A nova lei prevê, ainda, a suspensão da liminar, instituto já regulado pela Lei nº 4.348/64. A suspensão não é um recurso, mas faz as vezes dele, uma vez que impede a eficácia da medida de urgência concedida. O requerimento pode ser realizado pela pessoa jurídica de direito público ou pelo Ministério Público, além dos demais legitimados previstos no § 1º do art. 1º da Lei nº 12.016/09. Vale observar que a autoridade coatora não tem legitimidade para formular o pedido de suspensão.

Ressalte-se que andou muito bem a Lei nº 12.016/09 ao pacificar a questão sobre a hipótese de impugnação, por meio do recurso de agravo de instrumento, das decisões que concedem e denegam a liminar, conforme dispõe o art. 7º, § 1º: “Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

Ressalta-se que o pedido de suspensão não interfere no processamento do recurso de agravo ou apelação, como assegura o art. 15, § 3º, da nova lei, apesar de trazer algumas implicações. Ademais, o deferimento do pedido de suspensão, em face da medida liminar ou da sentença, vigorará até o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança, o que já vinha previsto na Súmula nº 626, do STF.

Por sua vez, o recurso cabível contra a decisão que aprecia o pedido de suspensão é o agravo, conforme dispõe o art. 15 - *caput*, 2ª parte e § 1º -, da Lei nº 12.016/09. No entanto, o melhor entendimento será de que o referido recurso é cabível contra a decisão que concede ou nega a suspensão, diante do atual posicionamento dos tribunais superiores, após o cancelamento das súmulas nº 506 e 217 - do STF e do STJ, respectivamente.

Registra-se, ainda, que, indo ao encontro da Lei nº 8.437/92 (art. 4º, § 8º), o art. 15, § 5º, da Lei nº 12.016/09 prevê um mecanismo de controle coletivo das liminares concedidas sobre o mesmo objeto, ao prever: “As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

No caso de mandado de segurança de competência originária dos tribunais, o art. 16, parágrafo único, da nova lei, tratou sobre uma questão tormentosa, ao estipular o

cabimento do recurso agravo regimental contra as decisões do relator referentes à liminar. Antes prevalecia o entendimento do verbete nº 622, do STF: “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.”

Outrossim, há de se fazer referência ao art. 18, que disciplina o recurso ordinário constitucional, antes só previsto na Constituição Federal. O recurso ordinário é dirigido ao STF ou ao STJ, no caso de decisões denegatórias da segurança, nas hipóteses disciplinadas nos arts. 102, II, e 105, III, da CF.

Ainda sobre recursos, cabe citar o art. 25 da nova lei: “Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.” Este dispositivo espelha-se na jurisprudência do STF e do STJ. Súmula nº 597, do STF: “Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”; Súmula nº 169, do STJ: “São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança”. Ressalta-se que sua constitucionalidade vem sendo questionada na ADI nº 4.296/09 perante o Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, ainda, que o § 1º do art. 14 manteve a sistemática adotada pela legislação anterior quanto ao duplo grau obrigatório de jurisdição, a ele ficando sujeita a sentença que concede a segurança.

Por fim, em nome da celeridade processual, o art. 17 confere um sistema mais ágil para a intimação, ao dispor: “Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.”

## 12 Sentença terminativa/denegatória

O art. 19 assevera: “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.” Portanto, expressa a possibilidade de se utilizar a via ordinária quando no mandado de segurança não tiver havido análise do mérito. A compreensão do alcance e extensão do julgado - ou seja, se a sentença proferida é terminativa ou não - exige que se considere a correlação entre a fundamentação e o dispositivo da decisão. Algumas sentenças, ainda que proferidas nos termos do art. 269 do CPC, serão meramente processuais.

Seguindo a melhor doutrina, no mandado de segurança, a sentença denegatória por insuficiência de provas não comporta análise do mérito - trata-se de sentença terminativa, uma vez que faltará a condição da ação representada pelo interesse de agir. Em relação

ao mandado de segurança coletivo, contudo, deve incidir o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, a fim de impedir a formação de coisa julgada, quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, em analogia ao disposto no art. 103 da Lei nº 8.078/90.

Por oportuno, cabe recordar que na ação de mandado de segurança não é possível a recomposição pecuniária, uma vez que o *writ* não pode ser utilizado como ação de cobrança, entendimento já consagrado nas súmulas nº 269 e 271, do STF.

Quanto ao descumprimento das decisões proferidas no mandado de segurança, inova a lei, no art. 26, ao estabelecer: “Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.” Tal previsão reforça a autoridade da decisão judicial.

### 13 Mandado de segurança coletivo

O art. 5º, LXX, da Constituição prevê o mandado de segurança coletivo para a tutela dos direitos difusos e coletivos. Com o advento da Lei nº 12.016/09, passou a haver a regulamentação infraconstitucional da ação. Merecem destaque alguns pontos, a seguir analisados.

O rito para o processamento do pedido coletivo não diverge do aplicado à ação individual, com exceção da audiência prévia, prevista no art. 22, § 2º: “No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Desse modo, estabelece-se uma fase de cognição prévia para permitir a defesa antecipada da pessoa jurídica interessada. Entretanto, entendo que poderá haver casos de extrema urgência, em que se faz necessária a concessão imediata da liminar, sob pena de extinção do direito demonstrado pelo impetrante. A constitucionalidade da referida norma, inclusive, é questionada na ADI nº 4.296/09.

Quanto à legitimidade, o art. 5º, LXX, “a” e “b”, da CF traz a regra-base. Legitimam-se os partidos políticos, desde que tenham representação no Congresso Nacional. A lei esclarece, ainda, que os partidos políticos somente podem ingressar com a ação para defesa dos interesses relacionados à sua finalidade partidária ou dos interesses de seus membros. De acordo com essa previsão, o partido político não pode impetrar mandado de segurança para defesa de quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade. Nesse caso, a intenção do legislador foi evitar que partidos políticos utilizem desse importante instituto de forma diversa de sua finalidade, preservando-se

a correta utilização do mandado de segurança coletivo. Ademais, as entidades de classe ou associações estão expressamente legitimadas, tendo a nova lei pacificado o entendimento de que não necessitam de autorização especial, uma vez que a legitimação é extraordinária.

Outro ponto importante da nova lei é o disposto no art. 22, § 1º: “O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual, se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.” Esta norma vem sendo objeto de críticas na doutrina, na medida em que o indivíduo pode optar pela desistência de seu mandado de segurança individual, e a ação coletiva vir a ser julgada improcedente. Como existe prazo decadencial de 120 dias para o ingresso do mandado de segurança, a probabilidade de, em tais casos, já ter transcorrido o prazo para o indivíduo impetrar um segundo mandado de segurança individual é enorme.

Além disso, cria-se solução contraproducente, haja vista que o titular do direito individual acabará tendo de ajuizar novamente a ação, por ter desistido da outra em curso que poderia estar até mesmo em fase processual avançada. Salienta-se que o art. 104 da Lei nº 8.078/90, que disciplina as ações coletivas, dispõe que o titular do direito individual precisa apenas requerer a suspensão de sua ação para se beneficiar da sentença coletiva, o que evidencia um tratamento menos grave em comparação à exigência de desistência da ação individual de mandado de segurança.

## 14 Conclusão

O mandado de segurança é um importante remédio constitucional para proteger direitos e garantias fundamentais contra atos ilegais e arbitrários do Poder Público.

Com efeito, a Lei nº 12.016/09 conferiu relevantes avanços no tratamento infraconstitucional da ação mandamental, principalmente ao compilar e atualizar os artigos que antes estavam previstos em leis esparsas e muito antigas, em descompasso com a jurisprudência. Impende registrar, ainda, a inovação da lei ao disciplinar o mandado de segurança coletivo, que até seu advento não era previsto por legislação ordinária.

Entretanto, verifica-se que o legislador foi conservador na regulamentação de certos institutos, restringindo a dimensão do remédio constitucional.

Portanto, a fim de garantir a máxima eficácia do art. 5º, LXIX e LXX da Carta Maior, os dispositivos da Lei nº 12.016/09 devem ser interpretados de forma razoável com a dimensão constitucional do instituto, e cabe à jurisprudência trazer as ponderações necessárias para atender às garantias mínimas do devido processo legal.

## WRIT, AFTER LAW N. 12.016/09

**ABSTRACT:** This article promotes a critical analysis of changes in the action of mandamus, brought by Law n. 12,016/09, based on the constitutional nature of this institute.

**KEYWORDS:** Writ. Preliminary. Constitutional remedy

### Bibliografia

ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Natureza Jurídica das Informações da Autoridade Coatora no Mandado de Segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos Atuais do Mandado de Segurança*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES JR., Luiz Manoel et al. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

LOPES, Mauro Luís Rocha Lopes. *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança: Lei nº 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Com colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca.