



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA – FADI
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RONIEMÉRCIA APARECIDA SANTOS DE SÁ

**REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: QUESTIONAMENTOS DA LEI
12.016 DE 2009**

**BARBACENA
2011**

RONIEMÉRCIA SANTOS APARECIDA DE SÁ

**REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: QUESTIONAMENTOS DA LEI
12.016 DE 2009**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral.

**BARBACENA
2011**

Roniemércia Aparecida Santos de Sá

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: QUESTIONAMENTOS DA LEI 12.016 DE 2009

Monografia apresentada à universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

AGRADECIMENTO

Agradeço:

A Deus pela minha existência e por sempre iluminar meu caminho.

Aos meus pais Eudes e Eliaci pelo apoio e dedicação, me ajudando a superar todos os obstáculos da vida.

A minha avó Maria Aparecida pelo carinho e por sempre acreditar em mim.

Aos colegas de graduação pelos ótimos momentos juntos.

Aos mestres pelos grandes ensinamentos ao longo do curso.

A professora Débora pela paciência e por sua orientação na realização desta monografia.

Aos professores Rafael e Fernando componentes da banca examinadora.

A todos os amigos que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consagra um grande conjunto de direitos atribuídos aos indivíduos, com a finalidade de assegurar efetividade às denominadas “garantias constitucionais”. Dentre as garantias destacam-se, por assim dizer, os “remédios constitucionais”. Os remédios garantidores por sua vez, são colocados à disposição dos indivíduos para salvaguardar seus direitos diante da ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Poder Público. Tais garantias presentes no próprio texto constitucional, quando feridas, terão seu processamento e julgamento pelo Poder judiciário. São remédios constitucionais: *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, o mandado de segurança individual e coletivo e a ação civil pública, que embora não esteja prevista no artigo 5º da CF/88 como os demais remédios, possui o mesmo sentido deles. Quanto ao mandado de segurança, surgiu para ele no dia 7 de agosto de 2009, nova regulamentação com a lei 12.016 revogando a lei anterior de nº 1.533 de 31/12/1951. A nova lei teve a pretensão de positivizar entendimentos já sumulados sobre o assunto trazendo uma nova forma de processamento e julgamento do instituto. Porém, alguns dispositivos estão sendo questionados por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 4.296) entendendo que tais dispositivos restringem ao magistrado certos procedimentos quando da utilização do remédio garantidor.

PALAVRAS-CHAVE: Remédios Constitucionais. Lei 12.016 de 2009. Mandado de segurança. Adin nº 4.296.

ABSTRACT

Brazilian Federal Constitution of 1988 brought a great number of rights of the individuals, that have the objective to assure effectiveness to the " constitutional guarantees". Among them , we should highlight the " constitutional remedies",as they are called, which are the means to individuals and citizens to provoke the intervention of the competent authorities in order to remedy illegal actions or abuse of power. The " constitutional remedies", instruments available in the constitutional text itself, are: "*habeas corpus*", "*habeas data*", "Popular Lawsuit", "Writ of Mandamus" (collective on individual) , "Writ of Injunction" and the " Public Civil Suit " the last one not included in article no. 5 of the Federal Constitution, but with the same sense as of the other ones . The Writ of Mandamus new regulation appeared with Law no. 12016 which revoked Law no. 1533 (12-31-1951). The aim of the new law has been to regulate different positions that had already become court dockets, bringing a new way of processing and judging this legal institute. However, some provisions have been questioned by the "Federal Council of the Bar Association of Brazil" through a " Direct Claim of Unconstitutionality" in the Supreme Court (Adin no. 4296) claiming that these provisions restrict some procedures to the judge when the constitutional remedies are applied.

KEYWORDS: Constitutional Remedies, Law no.12016/2009, Writ of Mandamus, Adin no.4296

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS; ASPECTOS HISTÓRICOS E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE CADA UM DELES	10
2.1	Habeas corpus	10
2.2	Habeas data.....	13
2.3	Ação civil pública.....	15
2.4	Mandado de injunção	16
2.5	Ação popular	18
2.6	Mandado de segurança individual e coletivo	19
3	MANDADO DE SEGURANÇA	21
3.1	Procedimentos gerais do mandado de segurança	22
3.1.2	Recursos cabíveis	25
3.2	Direito líquido e certo	25
3.2.1	conceituação na jurisprudência	26
3.3	Inovações do mandado de segurança	27
3.3.1	Art. 1º corresponde ao artigo 1º da lei 1.533/51	28
3.3.2	Art. 2º correspondente ao artigo 2º da lei 1.533/51	29
3.3.3	Art. 3º correspondente ao artigo 3º da lei 1.533/51	29
3.3.4	Art. 4º corresponde ao artigo 4º da lei 1.533/51	30
3.3.5	Art. 5º corresponde ao artigo 5º da lei 1.533/51	30
3.3.6	Art. 6º correspondente ao artigo 6º e 16 da lei 1.533/51	31
3.3.7	Art. 7º com o art. 7º da lei 1.533/51; arts. 1º e 5º da lei 4.348 e art. 1º da lei 5.021/66	32
3.3.8	Art. 8º corresponde ao art. 2º da lei 4.348/64 e súmula 631 do STF.....	33
3.3.9	Art. 9º correspondente ao art. 3º da lei 4.348/64	34
3.3.10	Art. 10 corresponde ao art. 8º da lei 1.533/51	34
3.3.11	Art. 11 correspondente ao art. 9º da lei 1.533/51.....	34
3.3.12	Art. 12 correspondência com o art. 10 da lei 1.533/51	35
3.3.13	Art. 13 correspondência com o art. 11 da lei 1.533/51 e súmula 392 do STF	35

3.3.14 Art. 14 correspondência com o artigo 12 da lei 1.533/51, art. 7º da lei 4.348/64 e art. 1º da lei 5.021/66	35
3.3.15 Art. 15 correspondência com o art. 13 da lei 1.533/51 e o art. 4º da lei 4.348/64	36
3.3.16 Art. 16 corresponde ao art. 14 da lei 1.533/51	37
3.3.17 Art. 17 não há correspondência	37
3.3.18 Art.18 não há correspondência	37
3.3.19 Art. 19 correspondente ao art. 15 da lei 1.533/51	38
3.3.20 Art.20 correspondente ao artigo 17 da lei 1.533/51.....	38
3.3.21 Art. 21 não há correspondência	38
3.3.22 Art. 22 não há correspondência	38
3.3.23 Art. 23 correspondente ao art. 18 da lei 1.533/51 e súmulas 430 e 632 do STF	39
3.3.24 Art. 24 correspondente ao art. 19 da lei 1.533/51 e súmula 631 do STF	39
3.3.25 Art. 25 sem correspondência.....	39
3.3.26 Art. 26 não há correspondência	40
3.3.27 Art. 27 não há correspondência	40
3.3.28 Art. 28 correspondente ao art. 21 da lei 1.533/51	40
3.3.29 Art. 29 correspondência com o art. 20 da lei 1.533/51	41
3.4 Normatização de mandado de segurança coletivo.....	41
3.4.1 Legitimidade ativa	42
4 INCONSTITUCIONALIDADES QUESTIONADAS PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB	46
5 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Elencadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), no título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, as ações constitucionais, popularmente conhecidas pela doutrina como “Remédios Constitucionais”, visam a proteção de direitos fundamentais dos indivíduos quando notado o desrespeito a qualquer um deles, cabendo ao Poder Judiciário seu processamento e julgamento.

São remédios constitucionais garantidores de direitos individuais: o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança individual; e garantidores de direitos coletivos¹ ou difusos²: mandado de segurança coletivo, ação popular e ainda a ação civil pública, que mesmo não prevista no art. 5º da CF/88, tem o mesmo sentido dos demais remédios quando o ato lesivo for praticado pela Administração.

Dentre tais remédios há de se destacar o instrumento do Mandado de Segurança que tem finalidade de resguardar direito líquido e certo, em especial mandado de segurança coletivo, objeto maior do trabalho.

Previsto no art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CF/88, o instituto do Mandado de Segurança era regulado pela Lei 1.533 de 1951, porém não havia regulamentação para o mandado de segurança coletivo o que agora se encontra normatizado pela Lei 12.016 de 2009, nos artigos 21 e 22 da lei.

É importante apresentar também inovações destacadas por diversos autores, quais sejam: possibilidade de atuação imediata da pessoa jurídica interessada após a sua notificação; a reiteração da prioridade na tramitação do feito; permanência dos efeitos da liminar até a prolação da sentença; a previsão do art. 22, possibilitando que o titular de direito particular desista da ação de mandado de segurança individual, para, caso queira aproveitar os efeitos da sentença a ser proferida no mandado de segurança coletivo, e as restrições à concessão de liminares.

¹De acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Renovar, 2009, p.225 os direitos coletivos “está diante de uma pluralidade determinada ou determinável de pessoas, todas ligadas em virtude da mesma relação jurídica básica.” O autor cita como exemplo o aumento ilegal de prestações de um consórcio.

² O mesmo autor (2009, p. 224) explica direitos difusos: “Os direitos difusos, caracterizam-se, sob aspecto subjetivo, por serem titularizados por uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, que não comporta decomposição num feixe de interesses individuais. E seus sujeitos não se ligam por um vínculo jurídico definitivo.”

Não há só situações positivas, pois embora acredite-se que a lei 12.016 de 2009 tenha vindo em boa hora para sanar eventuais dúvidas, com o objetivo de conferir maior eficiência na prestação jurisdicional, atualizando a antiga lei de 1951, positivando as jurisprudências e regulando o instituto do Mandado de segurança coletivo, há situações em que diversos autores apontam a lei nova como sendo precária, de forma que a mesma está sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin nº 4.296³), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) perante ao Superior Tribunal Federal (STF), pois para a entidade a nova lei está limitando a utilização do mandado de segurança, sendo questionados os dispositivos seguintes: art. 1º, §2º, art.7º inciso III, §2º, art.22, §2º, art.23 e art.25 da lei 12.016/09.

³ A Adin nº 4.296 que foi protocolada no dia 14/09/2009 e distribuída para o Ministro Marco Aurelio no dia 15/09/2011, teve na data de 19/05/2009 o parecer de nº4508 do PGR-RG (opinando pelo conhecimento parcial da ação e pela improcedência do pedido), encontra-se nos dias de hoje desde o dia 24/05/2009 conclusa ao relator. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>

2 OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: ASPECTOS HISTÓRICOS E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DE CADA UM DELES

Para José Afonso da Silva (2010, p.442), os remédios constitucionais: “são garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo dos direitos violados ou em vias de ser violados, ou simplesmente não atendidos”.

O autor afirma ainda tratarem de limitações para o Poder Público:

[...] os remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não forma bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.773), diz que o objetivo das ações constitucionais “é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos.”.

Atualmente, os remédios constitucionais encontram-se previstos na Constituição Federal de 1988, porém trataremos inicialmente dos aspectos históricos de cada uma destas ações, separadamente, a fim de apresentar posteriormente os conceitos doutrinários e legais vigentes para cada um deles.

2.1 *Habeas corpus*

O presente instituto tem sua origem remota apontada pela doutrina, no Direito Romano, onde, conforme leciona Alexandre de Moraes (2011, p.133) “todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*.”.

A ideia de liberdade na antiguidade e até mesmo na Idade Média era diversa aos pensamentos modernos, conforme salientado por Pontes de Miranda (1983,

p.16, *apud* Alexandre de Moraes 2011, p.133): “naquela época, os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar lhes serviços”.

Presente ainda, a idéia de diversos autores, que apontam a origem do instituto, no capítulo XXIX, da Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 19 de julho de 1215, na Inglaterra.

Há também autores que apontam a origem quando do reinado de Carlos II, sendo editada a “*Petition of Rights*, que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679”. (Alexandre de Moraes, 2011, p.133)

No ano de 1816, o *Habeas Corpus Act* inglês, na intenção de ter uma defesa rápida e ter eficaz a liberdade individual, ampliou o campo de atuação e incidência do instituto.

No Brasil, foi instituído com o decreto de 23/05/1821 com a vinda de D. João VI, referendado pelo Conde dos Arcos, e implícito na Constituição Imperial de 1824, onde tratava da proibição de prisões arbitrárias. No que se refere as codificações portuguesas, o *habeas corpus* aparece de forma expressa no Código de Processo Criminal em 1832, somente na Carta de 1891, que elevou-se a regra constitucional.

Ainda sobre a origem, anota Alcino Pinto Falcão (Op. Cit. p.25, *apud* Alexandre de Moraes 2011, p.134):

[...] a garantia do *habeas corpus* tem um característico que a distingue das demais: é bem antiga mas não envelhece. Continua sempre atual e os povos que a não possuem, a rigor não são livres, não gozam de liberdade individual, que fica dependente do Poder Executivo e não da apreciação obrigatória, nos casos de prisão, por parte do juiz competente.

José Afonso da Silva (2010, p.444) leciona ser o *habeas corpus* “o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais.”.

Com previsão no art. 5º, inciso LXVIII da CF/88, o *habeas corpus* é tido como direito de primeira geração, vez que é utilizado contra ilegalidade ou abuso de poder, de qualquer órgão do Judiciário no tocante ao direito individual de locomoção, ou seja, o direito de ir, vir ou permanecer do indivíduo.

Conforme doutrina, trata-se de ação de natureza penal, de procedimento especial e isenta de custas. Não pode ser impetrado em favor de pessoa jurídica, e independe de capacidade postulatória.

O *habeas corpus* pode ser repressivo (liberatório) quando o individuo já tiver

sido desrespeitado em seu direito de locomoção, ou ainda, preventivo (salvo-conduto), quando houver apenas a ameaça no seu direito de locomoção.

É possível a concessão de “medida liminar”⁴ em *habeas corpus*, seja ele repressivo o preventivo, quando presentes os seguintes pressupostos: probabilidade de ocorrência de dano irreparável e indicação razoável da ilegalidade no constrangimento.

Quanto à legitimidade para impetração do instituto, temos que a ativa é universal, neste sentido Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p.161), explica que:

[...] independentemente de sua capacidade civil, idade, sexo, ou estado mental. Com isso, o absolutamente incapaz (seja menor ou insano mental etc.) ou mesmo o analfabeto (no caso deste, temos a exigência apenas de que alguém assine a petição a rogo) podem impetrar o remédio heroico.

Ou seja, qualquer pessoa pode ingressar com *habeas corpus* em benefício próprio ou alheio, incluindo o estrangeiro, desde que a petição seja redigida em português.

Admite-se ainda, pela jurisprudência, a impetração do “remédio”, por pessoa jurídica, em favor de pessoa física a ela ligada.

É cabível a todo aquele que sofrer ofensa indireta, ou seja, quando o ato que se esteja impugnando resultar em um procedimento que acarrete detenção ou reclusão, o que segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino possibilita a pessoa a utilizar o *habeas corpus* ou o mandado de segurança, que nesse caso é a regra.

Porém, não há de se falar em *habeas corpus*, caso a quebra de sigilo bancário for determinada por autoridade fiscal no curso de um processo administrativo, dessa forma leciona os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.203):

Nesta hipótese, o *habeas corpus* seria incabível, porque em um processo administrativo tributário a quebra do sigilo bancário não implica ofensa indireta ao direito de locomoção, uma vez que não existe nenhuma possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade em um processo administrativo tributário. Somente poderia então, ser utilizado o mandado de segurança contra a quebra do sigilo bancário (desde que presentes os pressupostos para impetração do mandado de segurança, obviamente).

⁴ Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.202): “a medida liminar é uma ordem judicial proferida prontamente, mediante um juízo sumário, porém precário, ou seja, não definitivo, de plausibilidade das alegações e de risco de dano de difícil reparação, se houvesse demora na prestação jurisdicional”.

Segundo a jurisprudência do STF, explicadas por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.204), não caberá *habeas corpus* nas seguintes situações:

- a) Impugnar decisões do Plenário ou de qualquer das Turmas do STF, visto que esses órgãos, quando decidem, representam o próprio Tribunal;
- b) Impugnar determinação de suspensão dos direitos políticos;
- c) Impugnar pena advinda de decisão administrativa de caráter disciplinar (advertência, suspensão, demissão, destituição de cargo em comissão etc.), pois estas não implicam restrição ao direito de locomoção;
- d) Impugnar decisão condenatória à pena de multa, ou relativa a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada (STF, Súmula 693);
- e) Impugnar a determinação de quebra de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, se desta medida não puder resultar condenação à pena privativa de liberdade;
- f) Discutir o mérito das punições disciplinares militares;
- g) Questionar afastamento ou perda de cargo público, bem assim contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública (STF, Súmula 694);
- h) Dirimir controvérsia sobre a guarda de filhos menores;
- i) Discutir matéria objeto de processo de extradição, quando os fatos não são líquido quanto à definição do crime;
- j) O questionamento de condenação criminal quando já exista a pena privativa de liberdade (STF, Súmula 695);
- k) Impedir o cumprimento de decisão que determina o sequestro de bens imóveis;
- l) Discutir a condenação imposta em processo de *impeachment*, pela prática de crime de responsabilidade, visto que tal condenação,, de natureza política, não põe em risco a liberdade de ir e vir da autoridade (somente poderá advir a perda do cargo público e a inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública – CF, art. 52, parágrafo único);
- m) Impugnar o mero indiciamento em inquérito policial, desde que presentes indícios de autoria e fato que configure crime em tese;
- n) Impugnar omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito (STF, Súmula 692).

2.2 Habeas data

Aponta-se como origem remota, a legislação ordinária dos Estados Unidos, por meio do *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Act* de 1978, que possibilitava aos particulares o acesso às informações de registros públicos ou particulares permitidos ao público.

Essa nova forma de tutela jurídica foi introduzida no Brasil pela Constituição de 1988.

O *habeas data* é ação de natureza civil, de rito sumário, gratuita, não sujeita

a prazo prescricional ou decadencial, não há ônus de sucumbência, porém diferente do *habeas corpus* exige-se capacidade postulatória. O remédio previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, é destinado a garantir, o direito de acesso, retificação e de complementação dos registros presentes em banco de dados de caráter público.

Regulado pela Lei nº 9507, de 12 de novembro de 1997, prevê em seu art. 7º, inciso III, mais uma hipótese de cabimento, qual seja: “a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

Há de se esclarecer, porém, a necessidade de sigilo em algumas situações, conforme explicação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.27):

[...] o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse próprio, em sede de *habeas data*, não se reveste de caráter absoluto, cedendo passo quanto aos dados protegidos por sigilo, em prol da segurança da sociedade e do Estado.

O *habeas data* poderá ser ajuizado por qualquer pessoa física e também por pessoa jurídica, há de se observar, porém que por se tratar de ação personalíssima somente poderá ser impetrada pelo titular das informações.

No que tange ao pólo passivo, poderão figurar entes públicos ou privados, sendo necessário, porém, que haja nessas entidades banco de dados de caráter público. Vez que de acordo com explicação ofertada por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.228):

No pólo passivo, podem figurar entidades governamentais, da administração pública direta e indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas detentoras de banco de dados, contendo informações sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

É importante informar que o remédio somente poderá ser impetrado diante da negativa da autoridade administrativa em fornecer, retificar, ou anotar contestação ou explicação das informações solicitadas, deve haver o requerimento administrativo e a negativa pela autoridade em atendê-lo, sendo irrelevante que o

impetrante revele as causas do requerimento, pois o direito de acesso lhe é garantido e independe de motivação.

2.3 Ação civil pública

Foi introduzida no Brasil com a Lei n.7347/85.

Com a Constituição de 1988, tornou-se uma das atribuições do Ministério Público, adequadamente de forma não privativa, trazendo, como finalidade, e a proteção de interesses transindividuais.

Regulamentada pela Lei nº 7.347 de 1985, a presente ação de acordo com o art. 129 da CF/88, de procedimento ordinário, salvo a hipótese prevista no art. 275, inciso I do Código de Processo Civil (CPC), isenta de custa (salvo se comprovada má-fé), tem a função de proteger o patrimônio público, que em sentido amplo abrange o econômico (defesa do consumidor), turístico, estético e paisagístico; o social do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, de dano ou ameaça de dano a algum desses interesses.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.817), explica as três hipóteses em que se protegem os direitos “metaindividuais”, ou seja, os interesses públicos, nas seguintes modalidades:

o interesse geral, afeta a toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.

Conforme Medida provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, que introduziu o parágrafo único no art.1º da Lei 7.347/85, não caberá ação civil pública, para veicular pretensão que envolva tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de serviço (FGTS), ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

De acordo com previsões dos artigos 129, §1da CF/88 e 5º da Lei 7.347/85, poderá figurar no pólo ativo: O Ministério Público (que poderá agir de ofício ou mediante provocação), a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as

autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, bem como associações (constituídas a pelo menos um ano).

Quanto ao pólo passivo, poderá figurar qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que tenha sido responsável pelo dano ou ameaça de dano.

O Ministério Público desempenhará importantes funções, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, poderá ele atuar como autor; fiscal da lei; promovendo a execução, caso o autor não o faça em 60 dias (sessenta) do trânsito em julgado da sentença condenatória; assumindo a titularidade ativa quando houver desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada; compete exclusivamente a este órgão a tarefa de realizar o inquérito civil previsto nos artigos 8º, §1º, da Lei 7.347/85 e 129, inciso III, da CF/88.

É possível a concessão de liminar em ação civil pública independente de justificação prévia, dessa medida caberá agravo de instrumento. Ainda, de acordo com o art.14 da referida lei, será possível que o juiz confira efeito suspensivo ao recurso a fim de evitar dano irreparável à parte.

Sua sentença produz efeito *erga omnes* (para todos), salvo se julgada improcedente, por deficiência de prova, podendo o legitimado intentar outra ação, com o mesmo fundamento e nova prova.

2.4 Mandado de injunção

Há autores que apontam sua origem no direito norte-americano “*writ of injunction*”, que possui como base a jurisdição de equidade, que por sua vez é aplicada, sempre que a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar algum caso. Outros autores apontam a existência de raízes, no velho direito português, tendo como finalidade a advertência do Poder competente omisso.

Embora haja as raízes históricas explicadas acima, a criação do mandado de injunção em 1988, pela nossa CF, não corresponde a estas raízes, conforme salienta Alcântara Machado (2000, p.44, *apud* Alexandre de Moraes 2011, P.181):

[...] cabendo portanto à doutrina e à jurisprudência pátrias a definição dos contornos e objetivos desse importante

instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

Trata-se de ação constitucional, prevista no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, que tutela os direitos constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, na falta de norma regulamentadora, é interposto pelo próprio titular do direito.

A ação depende dos seguintes pressupostos: existência de um direito previsto na CF/88, referentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e a falta da norma regulamentadora, trata-se da omissão normativa. Rodrigo César Rebello Pinho (2011, p.185) explica norma regulamentadora, como sendo: “toda medida, legislativa ou administrativa, necessária para tornar efetivo um preceito previsto na Constituição.”

O mandado de injunção tem por finalidade a efetivação concreta de um direito assegurado pela Constituição.

Tem como legitimado ativo qualquer pessoa física ou jurídica, titular de direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania que são objetos da presente ação e, também, sindicatos ou associações que tenham interesses coletivos ou comuns.

Não é possível a propositura da ação por pessoa jurídica de direito público.

Quanto à legitimidade passiva, terá como parte a pessoa ou órgão responsável pela omissão normativa. O STF não admite a propositura contra particulares. Não há possibilidade de litisconsórcio passivo, seja necessário ou facultativo, entre particulares e autoridades públicas ou entes estatais (MI 510, Rel. Min. Celso de Mello).

A competência para processar e julgar o mandado de injunção encontra-se prevista nos artigos 102, inciso I, alínea q e 105, inciso I, alínea h da CF/88, onde, estabelece que caberá ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar originariamente quando: a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesas de uma das casa Legislativas, Tribunal de Contas da União, algum dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF. E, ainda, quando o recurso ordinário tiver sido decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, em caso de

decisão denegatória.

A competência para processar e julgar o mandado de injunção será originária do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, autoridade ou entidade federal, da Administração Direita ou Indireta, resguardados os de competência do STF, órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal.

Torna-se claro que não há competência em Justiça de primeira instância.

2.5 Ação popular

Encontra-se uma origem remota, no Direito Romano, onde, era atribuída a qualquer pessoa do povo, a legitimidade, para zelar pela “*res publica*”⁵.

No Brasil, foi instituído, pela Constituição de 1934, sendo suprimida pela de 1937 e reintroduzida pela Carta de 1946, mantida em todas as Constituições posteriores, sendo que com a CF de 1988 ampliou-se o alcance da ação popular, incluindo a moralidade administrativa entre os objetos do provimento jurisdicional.

A ação popular, fundamentada no art. 5º, inciso LXXIII da CF/88, é ação destinada a anular o ato lesivo praticado contra: patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, concretizando desta forma o princípio republicano, onde segundo os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.229): “[...] impõe ao administrador público o dever de prestar contas a respeito da gestão da coisa pública”.

Trata-se de ação de natureza coletiva, isenta de custas e de ônus de sucumbência (salvo comprovada a má-fé), se julgada procedente os réus serão condenados ao ressarcimento das despesas havidas pelo autor da ação.

O meio constitucional pode ser utilizado de forma preventiva (impedindo a consumação de ato lesivo, quando for ajuizada antes da prática do ato ilegal ou imoral) ou repressiva (a ação é proposta após a ocorrência da lesão).

Somente o cidadão poderá propor ação popular, neste sentido, explica Vicente Paulo e Marcelo alexandrino (2010, p.229):

⁵ “*res publica*” significa coisa pública e é entendida como patrimônio da coletividade.

O autor da ação popular é a pessoa humana, no gozo dos seus direitos cívicos, isto é, que seja eleitor (possível a partir dos dezesseis anos de idade, portanto). Somente a pessoa natural munida de seu título de eleitor, no gozo da chamada *capacidade eleitoral ativa*, poderá propor ação popular. Poderá ser brasileiro – nato ou naturalizado – ou o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos (CF, art. 12, § 1º).

E ainda:

Não poderá, portanto, ser ajuizada ação popular por pessoa jurídica; pelo Ministério Público; pelos inalistados (indivíduos que poderiam ter se alistado, mas não o fizeram); pelos inalistáveis (aqueles que não podem alistar-se como eleitores, a saber: os menores de dezesseis anos; os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório); pelos estrangeiros, ressalvada a hipótese do português equiparado a brasileiro naturalizado, nos termos do art. 12, § 1º, da CF/1988.

No pólo passivo podem figurar: pessoas jurídicas, públicas ou privadas; autoridades, funcionários e administradores, que autorizaram, aprovaram, ratificaram ou praticaram pessoalmente o ato e todos os beneficiários diretos do ato ilegal.

2.6 Mandado de segurança individual e coletivo

Acredita-se que suas “origens se assemelham com o ‘mandamus’ inglês, o ‘*writ*’ Norte-americano e com o ‘judicio de amparo’ Mexicano.” (Adin nº. 4.296, p.4).

É possível encontrar vestígios da proteção ao direito líquido e certo desde a idade antiga, visualizar esta proteção no Brasil Colônia e, de forma mais clara, nas criações brasileiras e estrangeiras que foram se moldando para chegar ao mandado de segurança com as características que hoje conhecemos.

O presente remédio foi introduzido no direito brasileiro, pela Constituição de 1934, sendo esta ação suprimida na Carta de 1937 e reintroduzida em nosso ordenamento jurídico no texto constitucional de 1946. Já o mandado de segurança coletivo é uma inovação da atual Constituição com a finalidade de atender as demandas sociais de interesses coletivos. Hoje, o remédio é regulamentado pela lei

n. 12.016/09.

Com previsão no artigo 5º incisos LXIX (mandado de segurança individual) e LXX (mandado de segurança coletivo) com a finalidade de tutelar o direito líquido e certo contra atos de autoridade o presente instrumento será assunto do qual trataremos no capítulo a seguir.

3 MANDADO DE SEGURANÇA

O texto constitucional do mandado de segurança individual encontra-se previsto no artigo 5º inciso LXIX da Carta Magna de 1988 com a seguinte redação:

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.

Quanto ao mandado de segurança coletivo no artigo 5º inciso LXX, o texto constitucional preceitua que:

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

Explicações doutrinárias:

José Afonso da Silva (2010, p. 448) explica de forma resumida que, de acordo com o texto constitucional o mandado de segurança é um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.206) tratam o mandado de segurança como: “ação de natureza residual, subsidiária, pois somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por outros remédios judiciais (*habeas corpus* ou *habeas data*, ação popular etc.)”

Entende também como sendo o mandado de segurança residual, vez que antes verifica se não cabe na defesa do direito, *habeas corpus* ou *habeas data*, Luís Roberto Barroso (2009, p.187) escreve: “Seu campo de incidência se estabelece por

um critério subsidiário, residual àqueles duas outras ações constitucionais.”

Da mesma forma, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.785), que deverão estar presentes os seguintes pressupostos: “ato de autoridade; ilegalidade ou abuso do poder; lesão ou ameaça de lesão; direito líquido certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.”.

Entende-se por “ato de autoridade” as manifestações ou omissões do Poder Público, quando, no desempenho de suas atribuições. São equiparadas como autoridades públicas, conforme o art. 1º, §1º, da lei 12.016: os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

No mesmo sentido do mandado de segurança individual, o coletivo representa o remédio constitucional previsto no art. 5º, inciso LXX, da CF/88 na proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos, contra ato, omissão ou abuso de poder por parte de autoridade.

3.1 Procedimentos gerais do mandado de segurança

Não haverá concessão de mandado de segurança, quando da existência de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, mesmo com ou semcaução; da decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e de decisão judicial transitada em julgado.

Entretanto, como explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 207):

[...] mesmo que seja cabível o recurso administrativo com efeito suspensivo, se o administrado simplesmente deixar escoar o prazo sem apresentar esse recurso, não fica impedido de ajuizar o mandado de segurança (desde que, evidentemente, não tenha transcorrido o prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração).

Necessária é a observação de que contra omissão não se aplica a restrição,

vez que, não é possível que exista recurso administrativo com “efeito suspensivo” de que não foi praticado.

Não caberá ainda mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. Explicam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 207) que a vedação tem a finalidade de:

Excluir o cabimento do mandado de segurança contra atos de natureza comercial praticados pelos administradores das mencionadas empresas, haja vista que, nesse caso, a atuação deles se equipara à atuação de agente privado, e não à de autoridade pública.

Também, não é cabível mandado de segurança contra lei em tese.

No que tange a legitimidade, figuraram como sujeitos ativos as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil. Serão legitimados passivos as autoridades públicas de quaisquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado, integrantes ou não da administração pública formal, e as pessoas naturais que estejam e no que disser respeito ao exercício de atribuições do Poder Público.

Quanto à competência esta se divide em Constitucional também conhecida como funcional, ou seja, em razão da função, para processar e julgar o mandado de segurança, é fixada no momento em que for proposta a ação e competência infraconstitucional em que o juízo competente para impetrar o mandado de segurança é o da autoridade coatora.

Seguindo o que anota Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 40):

Nestes termos, a competência jurisdicional para processar e julgar mandado de segurança se define pela natureza da autoridade que pratica a conduta comissiva ou omissiva da qual possa resultar lesão ou ameaça de lesão a direito.

A autoridade coatora deverá prestar as informações ao magistrado, com a finalidade de auxiliá-lo na formação de sua convicção sobre o conflito.

Após despachar a petição inicial, determinará que se notifique a coatora e o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (que poderá ingressar no feito caso queira) de todo o teor da inicial, para que no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações necessárias. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 210) exemplificam esta situação:

Desse modo, por exemplo, caso seja impetrado um mandado de segurança em face de ato coator praticado por Delegado da Polícia Federal (autoridade federal), além da notificação a este para que, no prazo de dez dias, preste as informações, será também dada ciência ao Advogado-Geral da União (representante judicial da União, nos termos do art. 131 da Constituição Federal) para que, querendo, ingresse no processo.

A medida liminar será apreciada quando o juiz for despachar a inicial, estando presente os pressupostos da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni jûris*) e o risco do dano irreparável (*periculum in mora*), esta poderá ser concedida, e será facultado ao juiz exigir do impetrante a prestação de caução. Se for deferida a liminar, o processo do mandado de segurança terá prioridade e os efeitos da liminar irão perdurar até a sentença, exceto se a liminar for revogada ou cassada.

Não será concedida liminar as situações que tenham 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 pagamentos de qualquer natureza. O que não impede que tais matérias, possam ser objeto de mandado de segurança.

O prazo decadencial para impetração do mandado de segurança é de (120) cento e vinte dias, que se iniciam a contar da data em que o interessado tiver conhecimento do ato que prejudica seu direito.

Como anota Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 212):

Trata-se, conforme orientação do STF, de prazo decadencial, não passível de suspensão ou interrupção. Nem mesmo o pedido de reconsideração administrativo interrompe a contagem desse prazo.

Não haverá prazo quando se tratar de mandado de segurança preventivo.

Sendo negado o mandado de segurança sem apreciação de mérito, o pedido poderá ser renovado dentro do prazo decadencial.

E admitida a desistência do mandado de segurança a qualquer tempo e grau de jurisdição, explica ainda Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 215) “[...]independentemente do consentimento do impetrado, mesmo que já tenha sido proferida decisão de mérito, desde que, evidentemente, ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado.”

3.1.2 Recursos cabíveis

Em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, é possível o reexame das decisões com os seguintes recursos:

Agravo de instrumento: quando juiz de primeiro grau conceder ou denegar a liminar.

Apelação: quando for indeferida a inicial por juiz de primeiro grau; da sentença que negar ou conceder o mandado.

Agravo: do ato do relator para o tribunal competente que o integre; de decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar; se a pedido da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão será cabível o recurso, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias.

Recurso especial ou extraordinário: indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente; nos casos previstos em lei de decisões proferidas em única instância pelos tribunais, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Em mandado de segurança não será cabível os embargos infringentes.

3.2 Direito líquido e certo

Para que o direito de ação do mandado de segurança possa ser utilizado, é necessário que o direito invocado seja líquido e certo.

Entende-se por direito líquido e certo, conforme explicação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 208), “[...] é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante.”.

Em caso de dúvida da existência do direito ou na sua incerteza, não será cabível o mandado de segurança, podendo a parte utilizar-se de outras ações judiciais.

Não há de se falar em dilação probatória, ou seja, as provas já devem estar pré-constituídas em regra, por meio de documentos juntados aos autos no momento da impetração.

Entende a doutrina dominante, que a exigência de liquidez e certeza irá recair sobre matéria de fato, podendo, a matéria de direito ser também apreciada pelo mandado de segurança. A súmula 625 do STF traz este entendimento: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

3.2.1 Conceituação na jurisprudência

O STF define direito líquido e certo como um direito que não depende de comprovação, conforme descrito abaixo:

Refoje aos estreitos limites da ação mandamental o exame de fatos despojados da necessária liquidez, pois o iter procedimental do mandado de segurança não comporta a possibilidade de instauração incidental de uma fase de dilação probatória. A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato certo, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca⁶.

⁶ STF. 20.882, relator Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-1994, Plenário, DJ de 23-9-1994.) No mesmo sentido: MS 27.236-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-3-2010, Plenário, DJE de 30-4-2010.

No entendimento do STJ, a liquidez e a certeza já vem devidamente comprovada na inicial “A comprovação do alegado direito líquido e certo deve se dar com a prova pré-constituída, não podendo depender de comprovação posterior” (STJ. ROMS 12715 / GO, relator Min. José Arnaldo da Fonseca, quinta turma julgado em 04.02.2003, DJ 24.02.2003.).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), no mesmo sentido das decisões do STJ, anota:

O conceito de direito líquido e certo, em mandado de segurança, envolve a demonstração pré-constituída e documental dos fatos alegados, só podendo ser reconhecido se forem indiscutíveis, isto é, se estiveram comprovados de plano. Se há matéria de fato, deve estar provada através de documentos, [...] ⁷.

As alterações apresentadas pela lei 12.016/09 continuam direcionadas à proteção do direito líquido e certo, vez que as mudanças são de âmbito processual no decorrer da ação. Observa-se que não há alteração no fundamento de tal direito, visto que o direito líquido e certo continua o mesmo, o que muda é a forma de sua aplicação.

3.3 Inovações do mandado de segurança

Era realmente prudente a criação desta lei, como nos afirma Hely Lopes Meirelles (2010, p.147):

Havia, assim, no fim do século passado, a necessidade imperativa de reunir todas as disposições referentes ao mandado de segurança num texto único e coerente, adaptado às novas condições decorrentes da evolução do país em mais de meio século e ao restabelecimento do Estado de Direito. Devia, também ser uma lei equilibrada e eficiente, permitindo o julgamento rápido

⁷ TJMG. Apelação cível nº 1.0344.07.036197-9/001, relator exmo. Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - relator para o acórdão: exmo. Sr. Des. Wander Marotta, sétima câmara cível, data do julgamento: 11/12/2007, data da publicação: 30/04/2008.

do litígio, garantindo os direitos individuais e respeitando o direito de defesa, tanto da autoridade coatora como da entidade pública.

A lei 12.016/09 que altera as condições para propositura e julgamento de mandados de segurança individuais ou coletivos que foi sancionada no dia 7 de agosto de 2009 pelo Presidente da República, após aprovação da Câmara dos Deputados e do Senado, revogou a lei anterior de nº 1.533, de 31/12/1951, quanto ao mandado de segurança individual não trouxe muitas alterações, apenas repetiu dispositivos, com pequenas mudanças de redação, e incorporou alguns entendimentos já adotados por doutrina e jurisprudência. Já quanto ao mandado de segurança coletivo, que não tinha previsão infraconstitucional, a lei introduziu um dispositivo sobre a matéria, definindo os interesses coletivos.

Temos as seguintes alterações trazidas pela Lei 12.016/09:

3.3.1 Art 1º corresponde ao artigo 1º da lei 1.533/51

O presente artigo, como na redação do artigo de correspondência, quando confirma seu cabimento e a proteção do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Mantêm as características do ato coator, sendo aquele emanado de autoridade pública.

Reforçou-se o cabimento da ação, seja quando o prejudicado sofrer violação (mandado de segurança ordinário) ou quando houver justo receio de sofrê-la (mandado de segurança preventivo).

O texto do artigo trouxe como novidade a expressão "pessoa jurídica", que poderá figurar no pólo ativo. No § 1º manteve-se o no pólo passivo como possíveis autoridades coadoras: os "representantes de partidos políticos", os "administradores de entidades autárquicas" e os "dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público".

O § 2º trata do não cabimento de mandado de segurança "contra os atos de gestão comercial", reforçando o que diz no §1º no sentido de que o ato coator somente poderá acontecer "no exercício de atribuições do poder público". O § 3º

manteve o que já dizia à antiga lei no sentido de que, quando o direito ameaçado ou violado atingir várias pessoas, qualquer dos prejudicados será legítimo para pleitear mandado de segurança.

3.3.2 art. 2º correspondente ao artigo 2º da lei 1.533/51

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.51) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 330 e 624 do STF; 41e 376 do Superior Tribunal de Justiça (STJ); enunciado 126 do Fonaje e Súmula 201 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O artigo em questão reforça apenas a competência federal para os casos em que a condenação tiver que ser financeiramente suportada pela "União ou autoridade por ela controlada". A pequena alteração somente substituiu o termo "União federal ou entidades autárquicas federais" pela expressão "União ou entidade por ela controlada".

3.3.3 Art. 3º correspondente ao artigo 3º da lei 1.533/51

Refere-se à possibilidade de terceira pessoa ingressar com mandado de segurança quando o seu titular não o fizer no prazo de 30 (trinta) dias. Trata-se da legitimação extraordinária, de acordo com José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.64):

[...] há referência a uma legitimação extraordinária concorrente, na medida em que qualquer um dos titulares afetados poderá ingressar com a ação de segurança. Nesta hipótese, todos são titulares originários da posição jurídica afetada, e não titulares derivados.

Sobre o assunto, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.42) explica quando se verifica a legitimação

extraordinária “[...] quando há uma dissociação entre a legitimidade *ad causam* (titularidade de direito material) e legitimidade *ad processum* (titularidade do processo no que tange à prática dos atos)”.

A novidade que o artigo traz é em seu parágrafo único no que se refere ao prazo decadencial para o exercício do direito, com a fixação do prazo inicial que começa a transcorrer no primeiro dia útil seguinte ao recebimento da notificação, prazo é o fixado no art.23 da lei 12.016/09, que é de 120 (cento e vinte) dias.

3.3.4 Art. 4º corresponde ao artigo 4º da lei 1.533/51

Continua havendo a possibilidade da impetração do remédio, através de telegrama ou radiograma. A novidade do artigo foi com relação à nova forma de impetração, que poderá ser por meio eletrônico quando se tratar de situações que requeiram urgência devendo a autenticidade ser comprovada. Os documentos comprobatórios do direito líquido e certo, deverão ser obrigatoriamente transmitidos através do fax, e o original deverá ser encaminhando em até 5 (cinco) dias úteis ao juízo. O §1º do presente artigo autoriza ainda, que o juiz notifique a autoridade coatora, utilizando os mesmos meios eletrônicos. É importante esclarecer que na utilização do meio eletrônico será necessária a observação das regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP – Brasil).

3.3.5 Art. 5º corresponde ao artigo 5º da lei 1.533/51

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.71/72) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 267, 268, 429 do STF e 202 e 376 do STJ.

Mantém a vedação quanto a concessão do mandado de segurança nas seguintes situações: quando couber recurso administrativo independente de caução; da decisão em que couber recurso com efeito suspensivo e a inovação no inciso III da decisão transitada em julgado.

O que se argumenta é se seria admissível o mandado de segurança contra decisão judicial em face da qual caiba recurso sem efeito suspensivo. Sobre o assunto, Sidney Palharini Júnior (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.60), dá sua opinião nos seguintes termos:

Não nos parece ter pretendido o legislador reavivar toda a discussão a respeito do efeito suspensivo dos meios de impugnação como condicionante para não [admitir](#) a concessão do mandado de segurança. Destaca-se que toda a discussão acerca do efeito suspensivo já tinha sido superada e, para a inadmissão da ação mandamental contra ato judicial, bastaria a previsão de meio de impugnação específico para atacar tal ato.

Quanto ao parágrafo único, este foi vetado, pois condicionava o mandado de segurança por omissão à notificação prévia da autoridade no prazo de 120 (cento e vinte) dias, o que de acordo com as razões do veto poderia "gerar questionamentos quanto ao início da contagem do prazo de 120 dias".

3.3.6 Art. 6º correspondente aos artigos 6º e 16 da lei 1.533/51

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.84) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 269, 271, 304, 631 e 701 do STF e 372 do STJ.

O presente artigo conserva a exigência de ser a inicial apresentada em duas vias juntamente com documentos especificando que deverá conter a indicação da pessoa jurídica integrada pela autoridade coatora.

O § 1º refere-se a recusa de exibição de documento que estiver em poder de autoridade, como explica Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.70), com os seguintes acréscimos: “[...] determinação para que o escrivão extraia cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição” e “[...] a exibição de documento não é cabível apenas contra o ente público, e sim contra qualquer que seja o terceiro”.

O § 2º trata da notificação para a exibição de documento referente ao parágrafo anterior, quando a autoridade coatora for a mesma que se recusa a

apresentar o documento.

Esclarece o § 3^a quem é autoridade coatora, nos seguintes termos: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”.

O § 4^o, que trazia o seguinte texto: “Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias, observando o prazo decadencial”, foi vetado, trazendo em sua mensagem de veto a argumentação de que esse “entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional.” Em discordância com o veto, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p. 75), explica: “[...] que a possibilidade de substituição da autoridade coatora viria, exatamente, para beneficiar o impetrante que, realmente, por mais das vezes, não tem condição de identificar quem é a autoridade coatora propriamente dita”.

O § 6^o trata da possibilidade de renovação do mandado de segurança no prazo decadencial, se a decisão denegatória não tiver apreciado o mérito.

3.3.7 Art. 7^o correspondente com o art. 7^o da lei 1.533/51; arts. 1^o e 5^o da lei 4.348/64 e art. 1^o da lei 5.021/66

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.108/109) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 346, 405, 473, 625, 729 do STF e 212 e 213 do STJ.

O prazo para que a autoridade preste informações, após notificação, que antes era de 15 (quinze) dias, agora passou para 10 (dez). O inciso II traz a necessidade que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada.

O inciso II, conforme explica Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.86), quanto a atuação da pessoa jurídica, “[...] atuará como assistente litisconsorcial, já que a sua intervenção não é obrigatória.”

O inciso III agora faculta ao magistrado em sendo deferida liminar exigir do impetrante a prestação de caução, com intenção de garantir o ressarcimento a

pessoa jurídica.

O §1º, que não contava na lei 1.533/51, apresentou o agravo de instrumento, como recurso cabível quando decisão de juiz de primeiro grau conceder ou denegar liminar. Conforme entendimento de Luís Otávio Siqueira de Cerqueira (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2010, p. 89):

[...] a introdução do §1º com a especificação do recurso cabível contra decisão que concede ou denega a liminar eliminou um problema, tanto jurisprudencial como doutrinário, pois sempre houve posições sobre o cabimento ou não de impugnação contra essa decisão.

O § 2º traz as situações em que não será possível a concessão de liminar, vez que a pretensão é em preservar o interesse público. São situações em que o objeto tratar de: compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e de concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Neste artigo ainda temos: o § 3º que esclarece que os efeitos da liminar concedida permanecem até a sentença, o que já era entendimento doutrinário e jurisprudencial; o § 4º, que em virtude da necessidade de maior celeridade na tramitação do mandado de segurança, fixa a prioridade de julgamento dos casos com liminar deferida e o § 5º que estende as vedações de concessão de liminares, à tutela antecipada.

Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.92), entende ser o §5º “injustificável e inconstitucional”, na oportunidade esclarece que:

[...] a prestação de tutela jurisdicional em caso de urgência tem matriz constitucional, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/1988, não cabendo, ao legislador infraconstitucional, estabelecer restrições que o constituinte não fez, principalmente para impedir o acesso à tutela jurisdicional de urgência.

3.3.8 Art.8º corresponde ao art. 2º da lei 4.348/64 e súmula 631 do STF

O presente artigo permanece com a finalidade de rapidez para com a tramitação do mandado de segurança, estabelece que caberá ao impetrante atender em "3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem", sob pena de caducidade ou perempção da liminar.

3.3.9 Art. 9º correspondente ao art. 3º da lei 4.348/64

Atribui à autoridade administrativa, que em 48 horas após o recebimento da notificação, informe ao órgão a que se subordina, bem como a seu representante legal ou entidade coatora acerca da liminar concedida.

3.3.10 Art. 10 corresponde ao art. 8º da lei 1.533/51

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.141/142) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 266, 267, 268, 510, 634, 635 do STF e 206 do STJ.

Tal artigo prevê o indeferimento da petição inicial quando faltar algum requisito ou se decorrido o prazo para a impetração do mandado de segurança. O §1º resguarda a possibilidade de apelação, caso a inicial seja indeferida por juiz de primeiro grau e a competência for originária de tribunal, ou caberá agravo se o ato for de relator. O §2º traz a vedação do ingresso de litisconsorte ativo após o despacho da inicial, como explica Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p. 102) "O dispositivo segue, rigorosamente, a regra da estabilização da demanda, prevista no art.264 do CPC."

3.3.11 Art. 11 correspondente ao art. 9º da lei 1.533/51

Refere-se ao procedimento dos cartórios sobre as documentações das

notificações de decisão liminar. A novidade é que a notificação deverá ser feita tanto para a autoridade coatora, quanto para o órgão a que pertence.

3.3.12 Art. 12 correspondência com o art. 10da lei 1.533/51

A alteração é relativa ao aumento de prazo para o magistrado, onde, o Ministério Público terá dez dias improrrogáveis para manifestação, após independente de parecer do Ministerial o juiz que antes tinha 5 (cinco) dias para proferir sua decisão, agora terá 30 (trinta) dias.

3.3.13 Art. 13 correspondência com o art. 11 da lei 1.533/51 e súmula 392 do STF

Trata o artigo da comunicação da decisão de concessão do mandado de segurança. A novidade do dispositivo é necessidade de comunicação da decisão que concedeu o mandado de segurança à pessoa jurídica interessada a quem a autoridade coatora é subordinada, facultado ao juiz em caso de urgência os meios céleres do art. 4º da presente lei.

3.3.14 Art. 14 correspondência com o art. 12 da lei 1.533/51, art 7º da lei 4.348/64 e art 1º da lei 5.021/66

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.161) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 269, 271, 405, 512, 597, 625 do STF e 169 e 213 do STJ.

Define o cabimento da apelação contra a decisão, submetendo a concessão da sentença ao duplo grau de jurisdição estendendo o direito de recorrer também à autoridade coatora. O § 3º permite a execução provisória desde que não ofenda as

vedações sobre concessão de liminar, presentes no art. 7º, § 2º da nova lei.

O artigo em seu §4º autoriza o pagamento de valores relativos a vencimentos e vantagens pecuniárias referentes as prestações que já vencerem a contar do ajuizamento da inicial, sejam concedidas a servidores públicos.

3.3.15 Art. 15 correspondência com o art. 13 da lei 1.533/51 e art. 4º da lei 4.348/64

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.175) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 626, 506 do STF e 217 do STJ.

Trata-se da suspensão da liminar, e da possibilidade de agravo quanto a esta decisão de suspensão, o caput do artigo traz os seguintes termos:

Quando, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

O §1º e 2º referem-se a possibilidade de que em não sendo satisfeito o pedido de suspensão ou não provido o agravo, seja feito novo pedido ao Presidente do Tribunal competente a fim de que o mesmo possa conhecer eventual recurso especial ou extraordinário.

O §3º esclarece que não será prejudicada e nem condicionada o julgamento do pedido de suspensão caso seja interposto agravo de instrumento contra liminar concedida.

O §4º fixa a necessidade de que haja plausibilidade no direito invocado e a urgência da concessão da medida, o que conforme Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, “correspondem ao *fumus boni jûris* e *periculum in mora*”, para que o presidente do tribunal possa aplicar o pedido de efeito suspensivo da liminar.

O §5º faculta única decisão para liminares de objeto idêntico, o que

conforme comentário de Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p. 137) “[...] assegura a celeridade e a concentração dos atos processuais, além de eliminar o risco de decisões conflitantes.”.

3.3.16 Art. 16 correspondente ao art. 14 da lei 1.533/51

O art. 16 repete a previsão do art. 14, no sentido de que cabe ao relator a instrução do processo nos casos de competência originária do tribunal e assegura a possibilidade de defesa oral na sessão de julgamento. No parágrafo único esclarece o cabimento de agravo quando a decisão do relator conceder ou denegar a medida liminar.

3.3.17 Art. 17 não há correspondência

Conforme José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2010, p.188) é outro dispositivo que “[...] reforça a aplicação do princípio da duração razoável do processo”, vez que autoriza a substituição do acórdão pelas notas taquigráficas quando sua publicação não for realizada em até 30 (trinta) dias após o julgamento.

3.3.18 Art. 18 não há correspondência

Refere-se ao procedimento para a interposição dos recursos quando a decisão for prolatada de forma originária pelos tribunais, nos seguintes termos: “Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.”.

3.3.19 Art. 19 correspondente ao art. 15 da lei 1.533/51

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.195) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 304, 625 do STF e 213 do STJ.

Com o seguinte texto: “A sentença ou 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”, resguarda ao impetrante a propositura de ação própria para buscar condenação de efeitos patrimoniais.

3.3.20 Art. 20 corresponde ao art. 17 da lei 1.533/51

Mantém a preferência de tramitação do mandado de segurança, exceto quando se tratar de *habeas corpus*, e a situação em que na instância superior o mandado de segurança será levado a julgamento da primeira seção após a conclusão. No mais, alterou-se o prazo para a conclusão, que antes era de 24 horas e agora não poderá exceder a 5 (cinco) dias.

3.3.21 Art. 21 não há correspondência

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.205) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 101, 629 e 630 do STF.

O presente artigo é de fato inovação, vez que é o dispositivo que disciplina o mandado de segurança coletivo, apresentando a legitimidade e protegendo os direitos coletivos inciso I e os individuais homogêneos inciso II.

3.3.22 Art. 22 não há correspondência

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.218) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 625 do STF e 213 do STJ.

Esclarece sobre como se fará a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, e esclarece sobre a necessidade de desistência do mandado de segurança individual para aderir ao coletivo.

3.3.23 Art. 23 corresponde ao art. 18 da lei 1.533/51 e súmulas 430 e 632 do STF

Manteve a redação idêntica ao artigo correspondente: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”.

3.3.24 Art. 24 correspondente ao art. 19 da lei 1.533/51 e súmula 631 do STF

Referente ao litisconsórcio, o presente artigo estabelece como sendo aplicáveis ao mandado de segurança, as regras previstas nos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil (CPC).

3.3.25 Art. 25 sem correspondência

José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.234) apresentam as súmulas referentes ao assunto: 512, 597 do STF e 105 e 169 do STJ.

O artigo em seu texto exclui a interposição de embargos infringentes no mandado de segurança e traz o não cabimento a condenação de honorários advocatícios.

Sobre o artigo, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.234) citam as súmulas do STF, vejamos:

STF, Súmula 512: Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

STF, Súmula 597: Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria dos votos, a apelação.

3.3.26 Art. 26 não há correspondência

O art. 26 traz o seguinte texto:

Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-lei 2.848, de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da lei 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

O presente artigo esclarece que no mandado de segurança também é crime de desobediência o descumprimento de decisão judicial.

3.3.27 Art. 27 não há correspondência

Conforme dispõem Sidney Palharini Júnior (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.229), “trata de dispositivo de norma de recomendação” em que se estabeleceu o prazo de 180 dias para adaptação dos regimentos internos dos tribunais, para a adaptação à nova lei.

3.3.28 Art. 28 correspondente ao art. 21 da lei 1.533/51

Estabelece a imediata vigência da lei.

3.3.29 Art. 29 correspondência com o art. 20 da lei 1.533/51

Revoga as demais leis sobre o assunto, consolidando a legislação do mandado de segurança.

Sobre o assunto, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p.243) comentam:

A nova Lei congregou, basicamente, os três diplomas principais relativos ao mandado de segurança: Lei 1.533/1951, Lei 4.348/1964 e Lei 5.021/1966. Além da unificação legal, cabe ressaltar que várias súmulas do STJ e do STF foram incorporadas ao corpo do texto, as quais formam referenciadas no decorrer da exposição acima.

3.4 Normatização do mandado de segurança coletivo

É um instrumento que já tinha sua previsão constitucional no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, embora a Lei 12.016/09 regule o mandado de segurança em geral, tendo como pressupostos os mesmos do mandado de segurança individual, como conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.802) sendo eles: “ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo”, os artigos 21 e 22 da referida lei diz respeito tão somente ao mandado de segurança coletivo.

Trata-se da oportunidade de disciplinar e de melhor explicar o processamento do remédio coletivo.

Alexandre de Moraes (2011, p. 174), anota a finalidade do mandado de segurança da seguinte forma:

O legislador constituinte quis facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade como um todo, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de mandato especial, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas e consequente demora na prestação jurisdicional e fortalecendo as organizações classistas.

Neste mesmo sentido, de forma resumida, no entender de Michel Temer *apud* Pedro Lenza (2011, p.950), são dois os objetivos com o mandado de segurança coletivo:

fortalecimento das organizações classistas e pacificar as relações sociais pela solução que o judiciário dará a situações controvertidas que poderiam gerar milhares de litígios com a conseqüente desestabilização da ordem social.

Em sentido semelhante, para Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p.69), a finalidade é tríplice, vez que o mandado de segurança coletivo serve para:

[...] 1) evitar acúmulo de demandas idênticas (na mediada em que, por exemplo, ao invés de centenas ou milhares de mandados de segurança individuais basta um coletivo); 2) facilitar o acesso a justiça; 3) fortalecer as entidades de classe (na medida em que o mandado de segurança coletivo se arvora na defesa de direitos dos membros ou associados, por exemplo, das associações ou das entidades de classe).

O mandado de segurança terá sempre por objeto a proteção de direito líquido e certo, porém em se tratando de mandado de segurança coletivo, serão esses direitos referentes aos coletivos e individuais homogêneos.

O artigo 21, inciso I, da lei 12.016 vem explicar o que se trata os direitos coletivos, em sendo: “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.” E no inciso II, o artigo esclarece o que significa os direitos individuais homogêneos: “[...] os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”.

3.4.1 Legitimidade ativa

O caput do artigo 21 reafirma o que prevê a CF/88, quando esclarece a legitimidade ativa, em que poderá ser o remédio impetrado por “partido político com representação no Congresso Nacional” e “organizações sindicais, entidades de classe e associações”.

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.216):

No mandado de segurança coletivo, o interesse invocado pertence a uma categoria, agindo o impetrante -partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação – como substituto processual na relação jurídica.

Os partidos políticos poderão defender mediante mandado de segurança coletivo somente os direitos que sejam referentes aos seus integrantes ou estejam relacionados à finalidade partidária, desse modo, Pedro Lenza (2011, p.949) comenta a exigência que traz a nova lei:

[...] o art. 21 da Lei n. 12.016/09 estabelece que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional na defesa de seus interesses legítimos relativos: a seus integrantes; ou à finalidade partidária.

Quanto às organizações sindicais, entidades de classe e associações, conforme Pedro Lenza (2011, p. 949): “[...] deveram estar legalmente constituídas e atuar na defesa dos interesses dos seus membros ou associados”.

No que se refere às associações, estas terão como requisito previsto na constituição e no art. 21 da lei 12.016/09, a necessidade de estarem em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano.

Tendo em vista a legitimação das entidades acima, não se faz necessário a autorização expressa dos titulares do direito, neste sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 216) esclarecem:

Assim, se uma associação pleitear judicialmente determinado direito em favor de seus associados por outra via que não seja a do mandado de segurança coletivo, será necessária a autorização expressa, prescrita no art. 5º, XXI, da Constituição (caso de representação). Entretanto, na hipótese de esse mesmo direito vir a ser defendido pela associação por meio do mandado de segurança coletivo, não haverá necessidade da

autorização expressa dos associados (caso de substituição).

Ao contrário do que se observa com os partidos políticos, os direitos defendidos por organização sindical, entidade de classe ou associação não necessita de ser o direito de todos podendo ser o direito de apenas parte dos membros da entidade. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.217) exemplificam tal situação:

Assim, o sindicato dos Delegados de polícia Federal, que congrega servidores ativos e inativos, poderá ajuizar um mandado de segurança coletivo na defesa de interesse exclusivo dos Delegados inativos (parte da categoria, portanto).

O artigo 22 da lei 12.016/09 vem tratar em seu caput acerca da coisa julgada, que afetará somente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

O § 1º do referido artigo esclarece que o mandado de segurança coletivo não induz à existência de litispendência com o mandado de segurança individual. A lei permite porém que o impetrante da ação individual desista de sua ação para que possa aproveitar da decisão do mandado de segurança coletivo, conforme explica Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2010, p.208):

Contudo a lei cria uma restrição já que a coisa julgada, originária de mandado de segurança coletivo, somente irá beneficiar o indivíduo que desistir do seu mandado de segurança individual no prazo de 30 dias contados da ciência da impetração do *writ* coletivo (art. 22, §1º).

Os mesmos autores se posicionam na seguinte forma:

(...) não havendo comunicação e ocorrendo duas coisas julgadas (coletiva favorável e individual desfavorável), deve prevalecer a coletiva, justamente para privilegiar a tutela geral do grupo, categoria ou classe, evitando decisões com conteúdos contraditórios, que trazem elevado descrédito ao Poder Judiciário.

Deve-se observar que, se o mandado de segurança coletivo for julgado improcedente, não será impedido o ajuizamento para mandado de segurança individual, exceto se conforme art. 103, §2º, do Código de defesa do Consumidor, “o titular do direito tiver atuado no processo como litisconsorte”. Conforme Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2010, p. 209) litisconsorte é entendido como assistente.

O §2º esclarece que em se tratando de mandado de segurança coletivo a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

4 INCONSTITUCIONALIDADES QUESTIONADAS PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB

A OAB questiona os seguintes dispositivos: art. 1º, §2º, art.7º inciso III, §2º, art.22, §2º, art.23 e art.25 da lei 12.016/09.

De acordo com o Conselho Federal da OAB, a Constituição Federal quando trata de mandado de segurança traz como única restrição às hipóteses em que o ato de autoridade não seja atacado por meio de *habeas corpus* e *habeas data*.

Essa é a principal crítica apresentada pela OAB, vez que ao restringir qualquer situação para o processamento do mandado de segurança a lei infraconstitucional limita a utilização do remédio.

Para a OAB:

Ao disciplinar as hipóteses de cabimento de mandado de segurança, individual e coletivo, o legislador não preservou a amplitude da ação de natureza constitucional, tendo o ato normativo impugnado, pois, violado a Constituição Federal, na medida em que o apequenou por razões meramente de proteção ao poder público e de suas autoridades. (Adin nº 4296, p.3).

Acredita-se que o legislador tenha estabelecido “limitações” para uso da ação mandamental.

A entidade contesta o parágrafo 2º do artigo 1º da nova lei que prevê o não cabimento de mandado de segurança contra atos de gestão comercial, praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Quanto ao art. 1º, §2º, entende a OAB ser inconstitucional, pois a nova lei veio restringir o uso do remédio contra atos de gestão, enquanto a Constituição Federal que é a lei maior, apenas restringe quando o ato de autoridade puder ser atacado via *habeas corpus* ou *habeas data*.

Dessa forma a OAB se manifesta nos seguintes termos:

[...] o texto constitucional assegura o cabimento de mandado de segurança como instrumento de ataque contra atos ou condutas ilegais atribuídas ao poder público, tendo tal expressão sentido amplo e abrange tanto os atos e condutas atribuídos a autoridade pública, ou seja, aquelas pessoas investidas diretamente em função pública, quanto a atos e condutas de agentes de pessoas jurídicas, ainda que privadas, com função delegada, isto é, no exercício de funções que originariamente pertencem ao poder público. (Adin nº 4296, p. 6).

Em relação ao art. 7º inciso III, situação em que faculta ao juiz exigir a prestação de caução, fiança ou depósito em caso de deferimento de liminar, objetivando assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, a preocupação da OAB, com este caso, é com a situação econômica e financeira do impetrante, pois, estando presentes os requisitos para a concessão de liminar, o juiz tem a “obrigação” de concedê-la.

Neste sentido a OAB explica que:

A questão nodal, assim, reside na premissa de que a exigência de caução, fiança ou depósito, minimiza e amesquinha o postulado constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), porquanto o direito à tutela efetiva e à proteção adequada são universalmente reconhecidos. (Adin nº 4296, p.12).

Assim, o legislador não pode condicionar a liminar, pois certamente se o juiz concede a liminar “[...] é porque chegou à conclusão de que o ato lesivo ao direito do cidadão foi flagrantemente violado, existindo aí a certeza da ofensa ao direito e o perigo que corre o jurisdicionado na demora da decisão última do judiciário.” (Adin nº 4296, p13).

A entidade aproveita para demonstrar um entendimento do próprio STF acerca do assunto, onde: “[...] por ocasião do julgamento da ADI nº1576, manifestou-se no sentido da inconstitucionalidade de lei que versasse sobre exigência de caução para fins de concessão de liminares”. (Adin nº 4296, p.13/14).

O que a OAB contesta é que tal exigência financeira não seria compatível com o remédio constitucional, pois há o entendimento de que o impetrante não possa sofrer danos financeiros a exigência desse pagamento prévio para que seja concedida a liminar. Dentre os principais argumentos está a violação ao princípio da

separação dos poderes à medida que o legislador restringe a possibilidade de concessão da liminar, e fere a garantia do mandado de segurança e do acesso a justiça.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p.211), essa faculdade do juiz tem sido motivo de críticas por parte das doutrinas:

[...] devido à sua potencialidade de dificultar, ou mesmo impedir ao impetrante, a obtenção dessa medida acauteladora de seu direito, quando não tiver condições econômicas para o cumprimento de tal exigência.

Porém, há de se destacar, que se trata de faculdade do juiz, como anota Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança, 2009, p.87):

[...] a exigência de prestação de garantia não é obrigatória e não poderá ser imposta, via de regra, como requisito para a concessão da liminar, principalmente nos casos em que se verifica a hipossuficiência do impetrante.

Quanto à situação acima questionada referente ao artigo 7º, a OAB requereu que caso o STF não entenda pela inconstitucionalidade, passe a interpretar o presente artigo conforme a Constituição Federal, evitando assim:

[...] a minimização da máxima efetividade inerente à ação mandamental, viabilizando-se assim, a concessão de liminares para salvaguarda dos jurisdicionados contra ato abusivos ou ilegais sempre que preenchidos seus pressupostos de cabimento. (Adin nº 4296, p.29/30).

Esse pedido alternativo objetiva impedir que o magistrado condicione a concessão da liminar na prestação da caução, fiança ou depósito, sem observar o principal, que são os requisitos para a concessão da mesma.

No mesmo artigo, em seu §2º, que trata da vedação de concessão de liminar quando o objeto em questão for compensação de créditos tributários; entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; reclassificação ou equiparação de

servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, a OAB aponta a inconstitucionalidade na limitação que faz o legislador, continua a OAB insistido que “[...] descabe ao legislador introduzir restrições não abarcadas pela Carta Magna, haja vista tratar-se de direito e garantia fundamental.” (Adin nº 4296, p.38) e ainda, que essa situação que “descarta a possibilidade de concessão de liminar, remanescendo a atividade jurisdicional apenas ao enfrentamento do mérito da lide, situação essa que retira do magistrado a ampla possibilidade de aplicação do mandado de segurança [...]” (Adin nº 4296, p.39).

No que se refere a proibição de pagamento de qualquer natureza a servidor público, a OAB defende que:

[...] a proibição de ‘pagamento de qualquer natureza’ importa dizer que a remuneração dos servidores públicos (que tem inegável natureza alimentar) pode vir a ser diminuída por ato administrativo ilegal ou abusivo, sem que o juiz possa, liminarmente, recompor o *status quo ante*; nada mais juridicamente intolerável do que leva à constatação da inconstitucionalidade da parte final do dispositivo em alusão (... ou pagamento de qualquer natureza). (Adin nº 4296, p.40).

A inconstitucionalidade do art.22, § 2º apontada pela OAB é a exigência da oitiva da parte contrária para fins de concessão de liminar, quando se utiliza a expressão ‘só poderá’. Fazendo o legislador outra limitação.

Pelo entendimento da entidade:

[...] para fins de salvaguarda de situações urgentes e que envolvam perecimento de direito é dever do magistrado (poder-dever) conceder a medida liminar para assegurar o resultado útil do processo, não se admitindo, pois, esperar a manifestação da parte contrária. (Adin nº 4296, 47).

E ainda, que tal situação “reduz o acesso à jurisdição”, quando notada as situações de risco de lesão ou grave reparação, por haver essa condição.

No caso do art. 23 referente ao prazo decadencial, embora trata da positivação da súmula 632 declarando ser, constitucional lei para fixar prazo de

decadência, entende a OAB ser o artigo inconstitucional quando expõem: “[...] descabe à lei – quando a própria Constituição não o faz nem admite expressamente sejam feitas – estabelecer restrições, inclusive quanto o prazo, para a impetração de mandado de segurança.” (Adin nº 4296, p49).

Desta forma, pede a OAB o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo com o seguinte fundamento: “[...] na medida em que impôs restrição incompatível com a máxima efetividade advinda do mandado de segurança, além de impor limitação não prevista nem mesmo pelo Constituinte originário.” (Adin nº 4296, p.50).

Por fim, o Conselho da OAB questiona o art. 25 que, positivando entendimento jurisprudencial o não cabimento de condenação de honorários advocatícios.

Conforme anota órgão:

A lei processual vigente (regra) diz que o juiz estabelecerá os honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 205 (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Serão observados os seguintes critérios para esse ajuste: a) grau de zelo profissional; b) lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo decorrido até o término da ação, conforme §3º, do art. 20, do Código Processo Civil. (Adin nº 4296, p51).

No entender do Conselho Federal da OAB, esta previsão ofende o art. 133 da CF/88, que proclama o advogado como sendo indispensável no exercício da jurisdição. Tem ainda os seguintes dizeres:

A conscientização dos que atuam no campo do direito, em especial, a respeito da importância social do advogado, e que são os honorários que fazem vezes de seu salário, é sem dúvida, o que pode favorecer adequação de seu valor. (Adin nº 4296, p.52).

Ao final dos questionamentos apresentados na inicial, a OAB pede para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos, e se não atendido esse pleito, que:

[...] seja conferida interpretação conforme à Constituição Federal 1988, de modo a impedir seja esvaziado o direito e a garantia fundamental do mandado de segurança, na sua máxima eficácia, evitando-se que seja ele medida inócua. À proteção dos jurisdicionados contra atos ilegais ou abusivos advindos de autoridade pública. (Adin nº 4296, p.55/56).

5 CONCLUSÃO

Os remédios constitucionais são de fato muito importantes, são garantias constitucionais a fim de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, ou seja, meios postos à disposição das pessoas, como objetivo de sanar ilegalidades ou abuso de poder que prejudique tais direitos, cabendo ao judiciário seu processamento e julgamento.

São remédios constitucionais que estarão sempre presentes no texto constitucional a disposição dos indivíduos: o *habeas corpus* a fim de tutelar o direito a liberdade; o *habeas data* protegendo o direito de acesso ou de retificação de informações pessoais constantes em bancos de dados públicos; o mandado de injunção tutelando direitos referentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania e que não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora; a ação popular que visa anular ato lesivo a moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio público e ao patrimônio histórico e cultural; também é considerado remédio a ação civil pública, que mesmo não estando presente no artigo 5º da CF/88, tem o mesmo sentido de proteção quando o ato lesivo for praticado pela Administração e, ainda, temos o mandado de segurança individual e coletivo na defesa dos direitos incontestáveis.

Dessa forma percebe-se que a Constituição Federal em seu texto tem o objetivo de resguardar qualquer que seja a ilegalidade aos direitos fundamentais.

Quanto ao mandado de segurança pode-se dizer que é imprescindível para que se tenha eficácia na proteção dos direitos fundamentais, por se tratar de remédio que limita a atividade estatal protegendo individualmente ou coletivamente pessoas físicas ou pessoa jurídica contra os atos ilegais ou arbitrários do poder público.

Com a lei 12.016/09, pode-se dizer que há sim avanços quanto ao tratamento da ação mandamental, pois a presente lei, ao revogar textos legais que referiam-se ao mandado de segurança, consolidou em único texto as disposições antigas, com uma redação inovada, bem como incorporou em seu texto entendimentos jurisprudenciais já consolidados, o que facilita ao operador de direito o rápido acesso aos procedimentos da ação constitucional, como por exemplo o

artigo 1º que conceitua com esclarecimento maior o termo “autoridade coatora”, destacamos também o artigo 4º que disciplina a permissão para a impetração do mandado de segurança, dada urgência do caso, por *fax* ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada, situação condizente com a realidade atual, e principalmente a grande novidade dos artigos 21 e 22 que disciplinam o mandado de segurança coletivo adequando-se a lei ao texto constitucional de 1988, facilitando seu processamento e julgamento.

A lei tem como objetivo dar maior celeridade e melhor orientação na prestação jurisdicional do instituto, porém, como foi apontado ao longo do trabalho, por manter redações antigas e se tratar de um remédio constitucional, a presente lei sofreu críticas e é objeto de ação de inconstitucionalidade por parte do Conselho Federal da OAB, que em seus questionamentos aponta que a lei infraconstitucional veio restringir o uso do remédio enquanto a Constituição Federal que é a lei maior apenas restringe o uso apenas quando o ato de autoridade puder ser atacado via *habeas corpus* ou *habeas data*.

Sendo assim a OAB defende que os novos dispositivos devem ser interpretados de acordo com a Constituição Federal, a fim de conferir maior eficácia na aplicação do instituto e não restringir o uso do remédio garantidor.

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Adin nº 4296. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adin-oab-lei-mandado-seguranca.pdf>> Acesso em: 09 out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais.** 2.ed. rev. ampl e atual. Salvador: Podivm. 2010.

FERNANDES, Marcos Antônio Oliveira. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 15. ed. São Paulo: Rindeel. 2009.

FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de. et al. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança.** São Paulo: Revista dos tribunais. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo. EDIÇÃO.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais.** 33.ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27.ed. São Paulo: Atlas. 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 5. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Método. 2010.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 11.ed. São Paulo: Saraiva. 2011.V. 17.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2011.