

A Nova Lei do Mandado de Segurança: possíveis inconstitucionalidades

Ismael de Souza Lima¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade precípua a análise da Lei n.12.016/2009, que traz nova disciplina ao Mandado de Segurança. O trabalho foi realizado a partir de pesquisa bibliográfica em livros, legislação, súmulas e jurisprudência pátrias. Esse importante instrumento processual em análise, antes regulado pela Lei n.1.533/1951 e outras legislações esparsas, atualmente estão reunidos em um único diploma. Foram analisados diversos dispositivos da nova lei, a partir do ponto de vista doutrinário, dos operadores do direito, e de julgados do judiciário, na perspectiva de se verificar, até que ponto, o procedimento traçado pelo atual diploma possa ser considerado moderno à luz do modelo constitucional vigente, posto que, foi suscitada a inconstitucionalidade de algumas disposições.

Palavras-Chave: Mandado de segurança, Controle, Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em análise será elaborado a partir da conjunção de literatura jurídica de alguns ramos do direito, assim como, de livros que comentam de forma específica a nova lei do mandado de segurança, objeto desse trabalho, além do acesso a sites da Internet ligados ao tema, leis e jurisprudências, e de ações diretas de inconstitucionalidade.

O presente trabalho terá por finalidade abordar a Lei Federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, que inaugurou no ordenamento jurídico nacional o novo regime procedimental da garantia fundamental do Mandado de Segurança.

A ação mandamental constitui direito fundamental insculpido na Constituição, a qual protege qualquer do povo contra ato ilegal ou abusivo de agente público, exigindo, assim, procedimento adequado à sua eficaz realização, por isso tornar-se-á fundamental a análise do novo diploma processual a partir de sua adequação às regras e princípios constitucionais.

Nesse sentido, o artigo será desenvolvido considerando a origem histórica, de forma breve, do remédio constitucional no direito comparado quanto no sistema jurídico pátrio, apresentando o conceito doutrinário, jurisprudencial e legal.

¹ Aluno do 9º período do Curso de Bacharelado em Direito do Centro de Ensino Unificado de Teresina-CEUT.

Na seqüência, serão analisadas as formas de controle de constitucionalidade de ato normativo e lei infraconstitucional, seguindo-se de comentários dos dispositivos argüidos de inconstitucionais do novo regime pela doutrina.

Os dispositivos, também, foram alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através de duas ações ainda em tramitação junto ao Supremo Tribunal Federal, como será demonstrado.

Finalmente se fará a abordagem da nova legislação do mandado de segurança, perquirindo se houve ou não mudanças que possam ser consideradas substanciais e modernas no atual Estado democrático de direito.

2 MANDADO DE SEGURANÇA NO DIREITO COMPARADO

Historicamente, o Mandado de Segurança tem semelhanças e sofreu alguma influência com os instrumentos jurídicos do direito comparado destinados à proteção das liberdades públicas.

Pode-se citar como fonte de inspiração o *writ* do direito norte-americano que objetivava, enquanto medida geral, tutelar direitos violados por atos do poder público quanto de particulares.

O instituto conhecido como *mandamus* inglês tinha por finalidade a proteção dos direitos de funcionários demitidos ou removidos ilegalmente por decisões contidas em atos administrativos.

O *juicio* de amparo do direito mexicano, no início, tinha o poder de conhecer reclamações contra os atos do executivo e do legislativo que violassem direitos individuais, contudo, além de fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, passou a ser usado como instrumento de controle das autoridades em geral (TAVARES, 2007, p.810).

Contudo o seu aparecimento no sistema jurídico pátrio foi uma criação genuinamente brasileira.

3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Para uma melhor compreensão da origem e evolução do Mandado de Segurança no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessária a análise de alguns institutos que o precederam e influenciaram-no.

Nesse sentido fora desenvolvida no Brasil a “teoria brasileira do *habeas corpus*”, posto que, na constituição republicana de 1891 só existia como remédio constitucional o *habeas corpus* que segundo Pedro Lenza (2010, p. 805) tal ação fora utilizada, no início, como remédio que tutelava a liberdade física, além de servir de garantia dos demais direitos que tivessem por pressuposto básico a locomoção.

O que viabilizava o manejo do *habeas corpus* era o seu emprego para a defesa de todo e qualquer direito. Assim, nos termos do então artigo 72, §22 da Carta Constitucional de 1891 o *habeas corpus* seria concedido (AJARDONI, FERREIRA, 2009, p. 16) “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O remédio tinha disciplina ampla, significando que era empregado como se mandado de segurança fosse, pois a disposição textual abarcava todos os casos em que alguém se sentindo ameaçado ou mesmo impedido de exercer qualquer direito, em razão de ilegalidade ou abuso de poder, poderia invocá-lo.

No ano de 1926 houve a reforma constitucional e o alcance da teoria brasileira do *habeas corpus* foi restringida, qual seja o objeto do remédio é transformado em garantia específica para a liberdade de locomoção.

As ações possessórias foi o instrumento utilizado para a proteção dos direitos pessoais contra ilegalidades do Poder Público, pois foi uma forma pela qual se buscou diminuir os efeitos da reforma supramencionada.

Já em 1906 tem-se notícia de que Rui Barbosa declarava a tese da possibilidade de se utilizar de forma extensiva do instituto dos Interditos Proibitórios para tutelar a posse dos direitos pessoais.

Contudo, o uso dos interditos não logrou êxito, por se tratar de uma tese polêmica, a qual perdurou após o Código Civil de 1916, mas que ao final fora rejeitada, uma vez que a ação possessória tem natureza patrimonialista e não de direito pessoal.

Cabe ressaltar que por meio da Ação Sumária Especial propiciava-se ao indivíduo a defesa específica das liberdades públicas, conforme podia se inferir da leitura do artigo 13 da Lei n. 221 de 1894 nos seguintes termos: “Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União”.

O judiciário passava a possuir competência de maneira excessiva, além da morosidade do trâmite processual, afrontava o princípio da separação dos poderes, o que acabou motivando a rejeição desse instituto pela população.

Pelo até aqui exposto, vê-se que o indivíduo continuava a viver uma realidade de exposição frente às arbitrariedades (ilegalidades e abuso de poder) por parte do Estado, sem que existisse uma solução jurídica para esses casos que se mostrasse realmente uma medida revestida de eficácia.

Dentre os diversos juristas que se preocuparam com essa realidade, cita-se o nome de Alberto Torres que fez referência ao que seria futuramente conhecido como mandado de segurança, pois em 1914, em seu livro *A Organização Nacional*, no seu projeto de reforma constitucional, o

jurista já o incluía com o nome de *mandado de garantia* no rol das proteções asseguradas constitucionalmente, nos seguintes termos:

É criado o **mandado de garantia**, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial. (grifo nosso).

Dessa forma, infere-se que os projetos de reforma constitucional, apresentados em vários momentos distintos, tinham o propósito de consagrar uma medida judicial especial revestida de rito sumário apta para tutelar direito subjetivo ameaçado ou violado.

3.1 Previsão do Mandado de Segurança no Sistema Constitucional

Com base no histórico relatado pode-se afirmar que o Mandado de Segurança já existia no Brasil, ainda que na forma dos institutos nos parágrafos acima delineados, desde 1891, marco da primeira Constituição Republicana. Distanciando-se dos ideais do liberalismo econômico e mesmo da democracia liberal, e numa visão de um Estado social de direito foi promulgada a Constituição Federal de 1934, a qual se destaca por consagrar pela primeira vez a garantia do Mandado de Segurança conforme se depreende da redação do seu artigo 113, inciso 33: (MOUTA, 2010, p. 18):

Dar-se-á **mandado de segurança** para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. **O processo será o mesmo do habeas corpus**, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes. (grifo nosso).

O dispositivo referido dispõe que o procedimento segue aquele do *habeas corpus*, pois se trata de imposição de conduta por ambos os remédios na garantia de direitos individuais.

Ainda, no mesmo ano, foi editada a Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1934, a qual se tornou o primeiro diploma a regulamentar o procedimento do instituto, obtendo, conseqüentemente, regras próprias.

Diante do contexto histórico do golpe de Estado por Vargas, regime caracterizado pela centralização do poder nas mãos do chefe do executivo, é outorgada a Carta Política de 1937 que não contemplou o Mandado de Segurança, contudo a Lei n. 191/36 continuou a ser aplicada por tribunais e juízes na admissão do *mandamus*.

Entretanto, Othon Sidou, citado por MOUTA (2010, p. 18) argumenta que somente um ato de iniciativa do próprio Estado limitando a si próprio, não inviabilizaria completamente o uso do instituto:

Este ato surgiu seis dias depois de instaurado o regime discricionário, com o Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro, estabelecendo o mandado de segurança, **salvo quanto aos atos do**

Presidente da República, ministros de Estados, governadores e interventores. (grifo nosso).

Inferese que o mencionado diploma normativo de 1937, mesmo autorizando a utilização do Mandado de Segurança, restringe-o quanto á presença daquelas autoridades públicas no pólo passivo da ação.

Seguindo uma política restritiva quanto ao uso do *writ*, o decreto Lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937, trouxe uma nova limitação, determinando o seu não cabimento contra atos da Administração do Distrito Federal, excluindo, também, seu manejo para impugnar atos de prefeito.

Posteriormente, o primeiro Código de Processo Civil pátrio, de 1939, deu guarida ao remédio constitucional, passando a disciplinar a ação em seus artigos 319 a 331, em substituição à Lei ordinária n. 191 de 1936, mantinha-se, no entanto, as restrições anteriormente referidas.

A promulgação da Constitucional de 1946 foi um marco contra os desmandos do Estado totalitário (1930 – 1945), era o momento da redemocratização da nação brasileira e no bojo do texto constitucional foi restabelecido o Mandado de segurança que prescreveu a garantia em seu artigo 141, § 24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” (GAJARDONI; FERREIRA, 2009, p. 16).

Note-se que a alusão à expressão “direito certo e incontestável” consagrada anteriormente é modificado para direito líquido e certo não carecendo mais discutir e identificar o grau de complexidade do direito envolvido na questão.

Sob o império da Carta Política de 1946 foi editada a Lei Federal n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951 que passou a ser o diploma legal regulamentador da garantia constitucional, revogando os artigos do Código de Processo Civil de 1939 que os disciplinava. O diploma de 1951 permaneceu em vigor até o advento da nova lei, sendo que esta revogou expressamente aquela.

A Constituição Federal de 1967 manteve a garantia constitucional que estava instituída em seu artigo 150, § 21, que se diferenciava da Carta de 1946 por referir-se a “direito individual líquido”, isto é, houve o acréscimo da palavra *individual*, não acarretando nenhuma alteração significativa, principalmente quanto à sua disciplina procedimental.

A Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, face ao seu caráter revolucionário foi considerada como a expressão de um novo poder constituinte originário, qual seja, outorgava-se uma nova constituição que repetiu exatamente a redação de 1967 que manteve o *writ* constitucional.

A garantia do Mandado de Segurança foi novamente consagrada na vigente Lei Fundamental de 1988, e foi dividida em duas espécies: o individual e o Coletivo.

Atualmente, a disciplina procedimental do Mandado de Segurança está regulada pelas disposições da Lei Federal n. 12.016, promulgada em 07 de agosto de 2009.

4 DO CONCEITO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Após a breve apresentação da origem e evolução histórica do Mandado de Segurança, essencial se faz para o sucesso desse trabalho, uma abordagem conceitual do writ mandamental, seja do ponto de vista legal, seja daquela advinda de construção doutrinária, ou mesmo pelo que se produziu na jurisprudência.

A Carta da República datada de 05 de outubro de 1988, denominada Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, novamente previu a garantia do *mandamus*, sendo expressamente consagrada no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente no inciso LXIX, do artigo 5º que 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. (grifo nosso).

Do dispositivo supramencionado extrai-se o conceito legal da segurança, o qual será cabível como medida capaz de tutelar direito individual ou coletivo lesionado ou que sejam ameaçados por autoridade pública no exercício de suas funções.

A Carta Magna de 1988 inovou, ao estabelecer no inciso LXX, do mesmo artigo 5º, a possibilidade da impetração da garantia, não somente na espécie individual quanto para proteger direito coletivo, assim:

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. (grifo nosso).

Percebe-se a inovação trazida pela Lei Fundamental do País, ao assegurar de forma expressa o exercício coletivo dos direitos e garantias dos cidadãos ao ampliar a legitimidade ativa do *writ* constitucional.

Ante o exposto, destaca-se que o instituto em apreço é, pois, autêntica garantia constitucional, que integra o rol dos direitos e garantias do artigo 5º da Carta Política, não sendo possível a sua extinção, por ser verdadeira cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF/88).

A nova Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009 que passou a disciplinar o Mandado de Segurança dispõe em seu artigo 1º que:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por

parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam. (grifo nosso).

Segundo a prescrição legal, cuida-se de meio pelo qual pessoas físicas e jurídicas, possuidoras de direito líquido e certo, possam cessar ou impedir condutas ilegais ou abusivas de autoridades no exercício de função pública.

A doutrina especializada tem contribuído de maneira fundamental na construção e fortalecimento da ciência jurídica em nosso país, principalmente com relação à magnitude do tema de previsão constitucional. Nesse sentido, apresenta-se o conceito de Mandado de Segurança do doutrinador Meirelles (2009, p. 25), qual seja:

Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de **direito individual ou coletivo**, líquido o certo, não amparado por *habeas corpus ou habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por **ato de autoridade**, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (grifo nosso).

Ao tutelar liberdade pública, o conceito acima revela que não se trata de tema tão simples, pelo fato de elencar alguns pressupostos para a sua utilização, quando menciona: *direito individual e coletivo, direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, ato ameaçador ou lesionador (ilegal ou abusivo)*, o que sempre motivou doutrina e jurisprudência a analisá-los com o fim de conferir-lhes os melhores contornos.

Pode-se entender por *direito individual* o pertencente àqueles que o alega em seu favor, ou seja, quando da impetração da ação. Ao passo que os *direitos coletivos*, segundo Meirelles (2009), se referem ou aos interesses transindividuais, ou seja, os propriamente coletivos, de natureza indivisível, que tenha por titular grupo de pessoas ligadas por uma mesma relação jurídica básica, ou aos interesses individuais homogêneo, originados de fato comuns, e da atividade ou situação específica do grupo.

É certo que a expressão *direito líquido e certo* provoca discussões doutrinárias, contudo, colaborando para uma melhor compreensão da expressão, são as palavras de Bueno (apud MOUTA, 2010, p. 19) quando afirma que: “Direito líquido e certo há quando a ilegalidade ou a abusividade forem passíveis de demonstração documental, independentemente de sua complexidade ou densidade.”

O que importa é a precisão da comprovação de plano do direito que deve ser retirado da certeza dos fatos e não da simplicidade da questão jurídica, ou seja, é caso de prova pré-constituída.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esclarece o tema, ao decidir que (MEDINA; ARAUJO, 2010, p.35):

O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada em prova pré-constituída (STJ, 6ª T., AgRg no RMS 21.399/AM, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 20.05.2008, Dje 23.06.2008).

Caso se evidencie a necessidade de dilação probatória, no decorrer do procedimento, para averiguar a ilegalidade ou abusividade, o instrumento do *writ* se mostrará impróprio.

Ainda sobre a expressão em análise, o Supremo Tribunal Federal assentou na Súmula nº 625 o entendimento de que (MOUTA, 2010, p. 23): “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”

A complexidade da matéria de direito não impede o manejo da segurança, o que não se admite é a controvérsia sobre os fatos, isto é, o direito líquido e certo restará demonstrado se a regra jurídica incidir sobre fatos incontestáveis.

Evidencia-se o caráter residual do *writ* constitucional diante da expressão *não amparado por habeas corpus ou habeas data*, pois só será cabível a segurança se não for cabível o *habeas corpus* que cuida de atos que ameace ou efetivamente viole a liberdade de locomoção, o que envolve o direito de ir, ficar ou permanecer, ou disser respeito a *habeas data*, o qual terá cabimento para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante.

No referente à proteção contra ato ilegal ou abusivo, tem-se que, a ilegalidade diz respeito a prática de ato vinculado (comportamento taxativo previsto) da autoridade ou agente público fora dos limites de sua competência legal ou a conduta praticada (ação, omissão) não observe o conteúdo da norma.

Já o abuso de poder se refere à liberdade de agir do agente público (discricionário), mas visando o interesse público no momento da edição de algum ato administrativo, pois caso contrário estará o ato viciado.

Com o mesmo desempenho, Vitta (2010, p.14) em seu comentário à nova Lei mandamental n. 12.016 de 2009, define-o como:

Ação constitucional, de natureza civil, por meio da qual pessoas, física e jurídica, e **determinados órgãos despersonalizados**, protegem direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, violado por autoridades públicas ou por particulares no exercício de funções públicas, em face de ato ou comportamento comissivo ou omissivo, que tenha causado lesão ou ameaça de lesão. (grifo nosso).

A definição ora delineada aponta a natureza civil do Mandado de Segurança, que segue rito procedimental especial, célere, traçado em lei específica, pois se o caso concreto tratar de direito inerente à liberdade de locomoção, deverá ser impetrado o *habeas corpus*.

A segurança serve para combater não só comportamentos *comissivos*, como também, as *omissões* das autoridades no exercício de funções públicas.

Impende salientar que além das pessoas físicas e jurídicas poderem compor tanto o pólo ativo quanto o passivo dessa ação, o podem também os órgãos públicos despersonalizados, porém detentores de capacidade processual, como as Agências Reguladoras (ex. Agência Nacional de Águas), as Chefias do Executivo, entre outras.

É notório que o Mandado de Segurança pode ser preventivo ou repressivo, assim, Cunha (2009, p. 439) afirma que se o *writ* tiver a finalidade de evitar uma lesão, seja uma ameaça estar-se-á diante da espécie preventiva, em contrapartida, sendo o caso de uma lesão ou violação consumada, certo será que se referirá à espécie repressiva.

5 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Estado Democrático de Direito, o controle de constitucionalidade, além de assegurar a supremacia da ordem constitucional, se mostra como um meio eficaz para reprimir os abusos de poder, no caso de atos atentatórios a direitos e garantias individuais e coletivas, objetivando-se a consolidação dos preceitos previsto na própria Constituição Federal.

O Brasil adota a forma mista ou eclética de controle de constitucionalidade, em que a constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo poderá ser apreciada tanto pelo método difuso-incidental, quanto pelo concentrado-principal.

De acordo com Cunha Junior (2007, p. 98), o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância ou grau de jurisdição (juízes e tribunais). Segundo Lenza (2010), no controle difuso, como regra geral, os efeitos da sentença para as partes litigantes serão: *inter partes* (só para as partes) e *ex tunc* (efeitos retroativos).

Já o controle concentrado, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que se objetiva é saber se a lei ou ato normativo é inconstitucional ou não em face da Constituição Federal.

No controle concentrado de constitucionalidade a instauração pode ser através de diversas ações distintas, dentre elas mencione-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), prevista no artigo 102, I, “a”; da Constituição Federal.

A sentença proferida na ADI produzirá efeitos *erga omnes*, tornando obrigatória a observância do que foi decidido, ou seja, uma vez reconhecida a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pelo STF, não poderá outro juiz ou tribunal decidir em sentido contrário, já que o efeito *erga omnes* da decisão proferida pelo Supremo o impede de fazê-lo.

Em relação aos efeitos da sentença do ponto de vista temporal, em regra, o mesmo será *ex tunc*, retroagindo para atingir as situações passadas.

A fiscalização do ato normativo caracterizado pela generalidade, impessoalidade e abstração é realizada em *tese*, (*abstrato*), *bem como, é o objeto mesmo da ação*.

Nas palavras de Cunha Júnior (2007, p. 172) a “Constituição Federal de 1988 conferiu legitimidade ativa tão-somente a algumas autoridades, órgãos e entidades para propor a ação em tela perante o órgão judiciário competente”.

Os legitimados para a propositura da referida ação estão contemplados no artigo 103, incisos de I a IX, da Lei Fundamental, dentre os quais se destaca a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, através do seu Conselho Federal.

6 DO NOVO REGIME DO MANDADO DE SEGURANÇA

Frise-se que o Mandado de Segurança passou a ter previsão no ordenamento jurídico pátrio desde a Carta Magna de 1934, garantia constitucional genuinamente brasileira, de rito especial, suas regras gerais, conforme Vitta (2010) restavam espalhadas em diversos diplomas legislativos como as Leis n. 1.533/1951, 4.166/1962, 4.348/1964, 5.021/1966, dentre outras normas.

Ainda que prevista na atual carta constitucional de 1988, como já afirmado, o Mandado de Segurança estava disciplinado numa lei de 1951, e apesar de alguns diplomas alteradores, não mais dispensava a este instrumento jurídico tratamento condizente com as transformações ocorridas no direito material e processual, como também, o seu alinhamento aos princípios e valores que norteiam o processo civil moderno.

Atualmente, o rito procedimental do Mandado de Segurança está regulamentado na Lei n. 12.016, promulgada em 07 de agosto de 2009, que buscou entre seus propósitos principais, o de consolidar em um único diploma legislativo o que existia, até então, na legislação esparsa.

Objetivou-se, também, nas palavras de Bueno (2009, p. 03) “incorporar avanços e consolidações doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos temas nela regulados.” Ou seja, a nova lei reproduziu em seu teor as posições sedimentadas na doutrina e na jurisprudência (STF e STJ).

O novo diploma legislativo, ainda cuidou de disciplinar um procedimento para o Mandado de Segurança Coletivo (artigos 21 e 22 Lei n. 12.016/09), considerando a ausência de regulamentação própria desde 1988.

Como o *writ* constitucional refere-se a uma ação, que garante direitos individuais e coletivos das pessoas em geral, nota-se seu caráter de rito processual rápido e especial que tem um maior alcance do que a verificada nas ações em gerais.

Portanto, para que não se diminua a magnitude desse remédio jurídico, torna-se imprescindível que o procedimento disciplinado na nova legislação submeta-se às premissas estabelecidas na Lei Maior do nosso país.

Nesse sentido, demonstrar-se-á por meio deste artigo, que apesar de algum avanço trazido pela nova lei para a garantia da segurança, como por exemplo, a disciplina da modalidade coletiva,

a transmissão de dados eletronicamente, é possível identificar diversas disposições que contrariam preceitos constitucionais.

O novo diploma diminuiu a dimensão do *mandamus* ao inserir restrições quanto à concessão de liminares, ao conceder tratamento mais rigoroso à segurança coletiva, entre outras deficiências que serão apontadas de forma mais detalhada na seqüência.

7 DAS INCOSNTITUCIONALIDADES SUSCITADAS

A nova disciplina procedimental do Mandado de Segurança não foi capaz de obter resultado satisfatório condizente com essa garantia constitucional, ao ponto de receber severas críticas daqueles que enobrecem a ciência jurídica pátria, culminando na possível inconstitucionalidade de diversos dispositivos levados à apreciação da suprema corte do nosso país.

Nessa perspectiva corrobora o magistério de Medina e Araújo (2009, p. 27): “[...] o ponto de partida para a análise das disposições contidas na Lei n. 12.016/2009 é a norma constitucional. Assim, os limites previstos pelo legislador infraconstitucional não poderão ser considerados, sempre que afrontarem princípios constitucionais.”

Foi pelas razões acima que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou, em setembro de 2009, no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4296 insurgindo contra os seguintes dispositivos da Lei n. 12.016/2009: O § 2º do artigo 1º, o inciso III e o § 2º, ambos do artigo 7º, o § 2º do artigo 22, e os artigos 23 e 25.

Posteriormente, o Conselho Federal ingressou com a segunda Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4403, em abril de 2010, agora questionando especificamente o § 2º do artigo 14 da referida lei.

As duas ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pendentes de julgamento, objetivam que os mencionados trechos da citada lei sejam suspensos e posteriormente declarados inconstitucionais.

Passar-se-á, doravante, a apresentação dos argumentos fundamentadores dos dispositivos questionados de inconstitucionais expostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como as considerações acerca do tema do ponto de vista da doutrina mais especializada, da jurisprudência e súmulas do Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte.

É imprescindível considerar tudo que o que já foi exposto neste trabalho, no sentido de veicular uma melhor análise dos dispositivos ora impugnados pela OAB e objeto de debate doutrinário.

7.1 Dos Atos de Gestão Comercial

O novel diploma que disciplina o procedimento do *writ* constitucional quanto aos atos de gestão comercial dispõe que:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

[...]

§ 2º **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. (grifo nosso).

Autoridade coatora é a autoridade pública ou aquela que exerce função pública de forma delegada, isto é, que preste serviço público.

A ação constitucional do Mandado de Segurança deverá ser manejada para proteger, de forma completa, direito individual ou coletivo que for lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade pública, não sendo aplicado apenas se a tutela puder ser exercitada por meio do *habeas corpus* ou *habeas data*.

O inciso LXIX do artigo 5º da CF/88 ao mencionar a expressão ato de autoridade pública não fez nenhuma diferença acerca de sua natureza, se ato administrativo ou de gestão comercial.

À exceção mencionada, esta garantia fundamental prevista na Constituição da República, não pode lei ordinária prever limitação que não foi prevista na Constituição Federal, sob pena de se comprometer garantias nela expressas.

O § 2º da nova lei traz um conteúdo restritivo, pois limitou o uso desse instrumento garantidor das liberdades públicas diante de atos de gestão comercial ilegal ou abusivo praticados por pessoas investidas diretamente em função pública ou que as exerça de forma delegada.

A OAB se manifestou sobre a inconstitucionalidade do dispositivo nos seguintes termos:

Com efeito, o constituinte limitou o cabimento do mandado de segurança às hipóteses de ‘abuso de poder’ e ‘ilegalidade’, e às situações não amparadas por habeas corpus ou habeas data, não fazendo quaisquer distinções acerca da natureza do ato da autoridade pública, se administrativo ou de gestão comercial, descabendo ao dispositivo indicado restringir o campo de incidência do remédio constitucional se a carta da República assim não o fez (ADI – 4296, p. 7).

O doutrinador Moraes (apud Didier Jr 2009, p. 112) adverte acerca da interpretação de normas que regula preceito constitucional:

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, **buscar a harmonia do texto constitucional** com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas. (grifo nosso).

A interpretação da ação mandamental quanto ao seu cabimento deve ser feita de maneira ampliativa e não de forma restritiva como o fez o legislador infraconstitucional, afrontando, assim, a previsão do inciso LXIX da CF/88.

A regra do § 2º, do novo diploma, também afronta a independência e harmonia, entre si, dos três poderes (artigo 2º da CF/88), como o inciso XXXV do artigo 5º da Lei Maior, pois retira da apreciação do Poder Judiciário, através da ação mandamental, os atos de gestão comercial do poder público, que sejam ilegais ou abusivos, praticados por seus administradores.

Deve-se dispensar aos direitos e garantias fundamentais a máxima efetividade, isso significa que os atos ilegais e abusivos praticados por administradores de estatais e concessionárias de serviço público, devem ser repelidos pelo manejo do *writ* constitucional.

O STJ tem reconhecido o manejo do remédio heróico diante de ato de concessionária de serviço público, ou seja, que esta exerce atividade tipicamente estatal, portanto sendo possível a impugnação de atos praticados por seus dirigentes, por meio da ação mandamental - Processo: REsp 457716 / MT – RECURSO ESPECIAL – 2002/0100494-3 (ADI 4296, p. 08).

A viabilidade do manejo da segurança encontra respaldo na súmula 510 do STF que afirma: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

Em virtude da natureza mandamental desse instrumento processual, restringir suas hipóteses de cabimento significa diminuir a sua relevância, pois ao ser impetrado contra ato de gestão, seja de que natureza for, importará se provido, na suspensão imediata dos efeitos do ato atacado ou haverá ordem para sua não realização, do contrário poderá o impetrante suportar danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Conclui-se que lei ordinária não pode limitar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente e nesses casos deve-se dispensar ao *mandamus* a eficácia máxima, própria de sua índole constitucional, sob pena de se ver desrespeitada a supremacia da Constituição diante de leis que a afrontem, a exemplo do referido dispositivo.

7.2 Caução, Fiança ou Depósito em Medida Liminar

A nova legislação criou condicionantes para o uso de medida liminar em Mandado de Segurança, é o que se infere da disposição a seguir:

[...]

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

Inciso III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente

deferida, sendo facultado **exigir do impetrante caução, fiança ou depósito**, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. (grifo nosso).

A nova lei que disciplina o procedimento do Mandado de Segurança admite as tutelas de urgência no inciso III do art. 7º, nas hipóteses de fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, sendo ao final deferida, na decisão de mérito.

Por outro lado, inovou em relação à lei anterior que não exigia do impetrante caução, fiança ou depósito como condição para a concessão de medida liminar, incompatível com a natureza, abrangência e proteção da ação mandamental, que pertence ao rol dos direitos e garantias da Carta Política.

Quanto às tutelas de urgência, Gajardoni, Silva e Ferreira (2009, p. 67) distinguem que: “A liminar, às vezes, é antecipação de tutela quando o pedido de liminar coincidir com o pedido de mérito, noutras, apenas assegura o resultado prático do processo, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.”

Geralmente quem ajuíza ação de Mandado de Segurança pede medida liminar, por isso entende-se que ela faz parte da essência do instituto, muito embora não exista sua previsão expressa na Constituição da República, ou seja, a liminar está prevista implicitamente no texto constitucional.

Como a ação mandamental tem procedimento célere e estando presentes os pressupostos de sua admissibilidade, não se deve sujeitar a concessão de liminar a nenhuma outra condição.

A doutrina de MEIRELLES (2009, p. 86) é precisa quando infere que:

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.

Assim, se o ato da autoridade pública for lesivo a direito líquido e certo individual ou coletivo, provado a certeza da ofensa ao direito e o perigo da demora da decisão (trâmite processual), estarão atendidas as hipóteses para concessão da proteção liminar em ação mandamental.

Caso os jurisdicionados tenham que oferecer as garantias de caução, fiança ou depósito quando impetram a segurança para deferimento de liminar, resultaria no próprio indeferimento da liminar, diminuindo sua utilidade.

Em defesa da inconstitucionalidade desse dispositivo a OAB afirma que:

[...] a redação atual do dispositivo impugnado induz que os juízes exijam a prestação de caução, o que, com todo respeito, **implica em verdadeiro apartheid social**, posto que só os afortunados é que terão acesso à jurisdição liminar e poderão conter, ‘in lime’, atos abusivos ou ilegais (ADI 4296, p.30). [grifo nosso].

O dispositivo ao suprimir a possibilidade de concessão de tutela, imediata e eficaz, enfraquece poderoso instrumento de proteção, individual e coletiva das liberdades públicas.

Há restrição também, alguns princípios como o da separação dos poderes, comprometendo a independência do Poder Judiciário e o exercício de suas prerrogativas constitucionais (art. 2º CF/88). O da inafastabilidade da jurisdição, constante do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, o qual é garantidor da acessibilidade ao poder judiciário, através do direito de ação.

Como se trata de norma infralegal limitadora de direito fundamental, ofende o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, uma vez que, restringe a utilização plena do remédio constitucional, em se tratando de deferimento de liminar, devendo nessas circunstâncias prevalecer o princípio da supremacia da constituição em relação às normas infraconstitucionais.

Acerca da Supremacia da Constituição Cunha Júnior (2007, p. 32) ensina que:

A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da idéia da superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, **a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico**, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas, e de **referência obrigatória à atuação do poder público**, que a ela se encontra vinculado. (grifo nosso).

Conseqüentemente, a norma infraconstitucional que fere norma constitucional estará sujeita ao controle de constitucionalidade a ser realizado pelos órgãos do Poder Judiciário.

A vigente lei do *mandamus* ao prescrever a faculdade do juiz exigir garantia do impetrado para deferir a medida liminar, mesmo reconhecido o direito líquido e certo, tem o objetivo de garantir o ressarcimento á pessoa jurídica, no caso de ocorrer modificação do provimento jurisdicional final.

Entretanto, não progride o argumento de que o deferimento de medida liminar, por si só, venha ocasionar algum risco ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público, pois esta possui órgãos preparados para realizar sua defesa e assegurar o interesse público, sem necessidade de limitar a garantia fundamental do remédio jurídico.

7.3 Não Cabimento de Liminar em Matérias Específicas

Em continuidade às restrições quanto à concessão de liminar impostas pela Lei 12.016/09, importa a redação de dispositivo que veda a sua concessão em matérias específicas:

[...]

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

§ 2º 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**. (grifo nosso).

O dispositivo supracitado requer análise detalhada para o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade.

O novo diploma trouxe regras que já existiam no ordenamento jurídico pátrio, que nas palavras de Bueno (2009, p. 45):

O que ele fez, contudo, foi apresentar didaticamente **nítidas ofensas ao modelo constitucional**, da mesma forma como nosso legislador tem feito ao longo das décadas em relação a questões que, quando reconhecido o direito do particular, têm aptidão para afetar as contas e orçamento públicos. (grifo nosso).

O dispositivo em comento em nada inovou, pois restrições que acompanham o Mandado de Segurança já estavam previstas em algumas leis.

A Lei n. 4.348/1964 (revogada) em seu art. 5º, já vedava liminar em mandado de segurança com o objetivo de reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou concessão de aumento ou extensão de vantagens e a execução somente ocorreria após o trânsito em julgado da sentença. O mesmo se verificava, consoante Vitta (2010), nas leis n. 5.021/1966 (revogada) e n. 9.494/1997 (tutela antecipada), prevendo restrições da mesma natureza.

Percebe-se que o novo diploma não respeitou o princípio da isonomia (art. 5º caput) ao dispensar tratamento que não igualam os jurisdicionados, pelo fato de ser o impetrante servidor público.

Existem decisões do STF, inclusive, que foram estendidas a outros servidores públicos, em respeito ao princípio da isonomia e para evitar grave lesão aos servidores em face de valores retidos.

As leis n. 2.410/1995 e a n. 2.770/1956 que tratam do desembaraço aduaneiro (tacitamente revogadas pela nova lei), vedavam a concessão de liminar em qualquer ação ou procedimento judicial que acarretasse a liberação de mercadorias ou coisas provenientes do exterior.

Não prospera retirar do writ constitucional a sua máxima efetividade contra ato ilegal ou abusivo de autoridade alfandegária, pois o Decreto Lei n. 6.759/2009, em seu § 1º do art. 689, prescreve que ocorrendo a liberação de mercadorias ou bens, ainda que sem prestação de garantia, e sendo confirmado, posteriormente, o perdimento destes, poderá fazer a conversão da pena em multa pecuniária, no exato valor dos bens.

Caso a sentença final não confirme a liminar concedida, o interesse Público estará amparado. Considerando que pode a medida se tratar de mercadorias retidas serem perecíveis, tornando complicada a situação das empresas importadoras.

É o que se entende do julgado do STF a seguir exposto:

Ementa: Direito Constitucional e Tributário. ICMS – MERCADORIA IMPORTADA. ART. 155, § 2º, IX, “a”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SÚMULA 577. 1. O Plenário do S.T.F., no julgamento dos RR.EE. 193.817 e 192.711, **firmou entendimento no sentido de que pode, a liberação da mercadoria importada, ser condicionada pelo importador, do pagamento de ICMS sobre ela incidente.(grifou-se).** (RE 192705/SP – SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. Sydney Sanches. Julgamento: 26/08/1997 – Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 10-10-1997 PP-50932 – EMENT VOL-01886-04 PP-00769).

Havendo o pagamento do imposto sobre comercialização de mercadorias e serviços (ICMS), poderá a mercadoria apreendida ser liberada.

Já a Lei n. 8.437/1992 (medidas cautelares), no § 5º do art. 1º, proíbe o deferimento de liminar para fins de compensação de créditos tributários e previdenciários.

A Súmula n. 212 do STJ é resultado dessas disposições, no entendimento de Cunha (2009), ao prever que “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

A doutrina considerava essas leis inconstitucionais por afrontar princípios constitucionais como o da inafastabilidade da jurisdição, estando agora incorporados em um único diploma (Lei n. 12.016/09).

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, o STF entendeu que a jurisdição contém o *poder de acautelar*, ou seja:

A conclusão a que chegou o STF aponta para a premissa fundamental de que o poder de julgar é indissociável do poder de acautelar, despontando, por essa razão, a existência de uma jurisdição cautelar, apta a garantir o resultado útil do processo principal, como corolário do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. (CUNHA, 2009, p. 226).

Apesar dessas leis limitadoras, a compensação de créditos tributários, uma das modalidades de sua extinção, o próprio STJ sumulou que “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária” (Súmula 213).

Além da referida súmula, a legislação, a exemplo dos artigos 170 e 170-A do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991, Lei 9.250/1995 (imposto de renda) e a jurisprudência sinalizam a possibilidades de concessão de medida liminar para compensação de crédito tributário.

A título de exemplo de precedentes é possível citar:

RECURSO ESPECIAL Nº 923.736 – SP (2007/0025445-2), RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS. PRESCRIÇÃO. “CINCO MAIS CINCO”. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. LEI Nº 8.383/91. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A/CTN. APLICAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. RECEDENTES. ; REesp 960914/RS – RECURSO ESPECIAL – 2007/0136575-2. Relator Ministra ELIANA

CALMON (1114), Órgão Julgador: T-2 SEGUNDA TURMA, Data do julgamento: 21/05/2009, entre outros.

Para efeito de compensação, é necessário, contudo que o crédito tributário esteja previsto em lei, seja de mesma natureza, se constitua através de lançamento por homologação.

Ressalte-se que o próprio STF já assentou que a questão de compensação de crédito tributário diz respeito à matéria de índole infraconstitucional, por isso, entende-se que o legislador da nova lei ofendeu o remédio em análise, o qual é instrumento de raiz constitucional.

Impossibilitar a concessão de liminar na ação mandamental é desnaturar essa garantia fundamental.

8 LEGITIMIDADE RECURSAL DA AUTORIDADE COATORA

Ainda com relação ao tema da inconstitucionalidade, tem-se a seguinte regra inovadora com a seguinte redação: “[...] art.14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação [...] § 2º **estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.** (grifo não constante do original).”

A nova previsão do dispositivo reconheceu de forma expressa a legitimidade de recorrer da autoridade coatora, estabelecendo, segundo entendimento de Scarpinella (2009, p. 81), um litisconsórcio passivo e necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica ou o órgão ao qual pertence.

Conseqüentemente, a autoridade coatora terá legitimidade para recorrer de qualquer decisão que lhe desfavoreça, atuando, assim, como ré durante todo o processo, inclusive não se limitando, as partes, ao recurso de apelação.

Para a doutrina de Medina e Araújo (2009), quanto à faculdade de recorrer, é no sentido de que, a autoridade coatora é mera assistente da pessoa jurídica à qual está ligada, mas poderá de forma facultativa recorrer na qualidade de terceiro prejudicado.

Segundo os autores, o recurso de terceiro prejudicado não deixa de ser uma modalidade de intervenção de terceiros, autoridade coatora não é parte, mas poderá ser obrigada a ressarcir por meio de ação regressiva, o que justificaria sua legitimidade recursal.

A legitimidade de apelar de terceiro prejudicado era retirada do art. 499, do CPC, que em seu § 1º enuncia que “cumprido ao terceiro prejudicado demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”, a exemplo do seguinte julgado:

RE 233319 AgR / PB – PARAÍBA
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento 19/08/2003. Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: DJ 12-09-2003 PP-00043 EMENT VOL-02123-03 PP-00524

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator, é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem. Agravo regimental improvido. (grifo nosso).

Portanto, o terceiro prejudicado precisa demonstrar o interesse recursal, ou seja, que sua esfera jurídica tenha sido afetada e que poderia ter sido assistente simples desde a fase inicial do processo.

Diante da inovação, o Conselho Federal da OAB questionou a constitucionalidade do dispositivo de forma específica, através da ADI n. 4403.

A OAB argüiu a ofensa do dispositivo à Constituição Federal por entender que a nova lei permite que a autoridade coatora, pessoa física, que não detenha formação jurídica e que não pertença a alguma seccional da OAB possa ter legitimidade recursal na ação mandamental, sem a necessidade de patrocínio de advogado.

A afronta refere-se ao artigo 133 da Constituição da República, que importa na usurpação da indispensabilidade do advogado na administração da justiça, sendo, portanto, passível de controle de constitucionalidade a inovação legislativa.

Entre as razões para a impugnação, está a possibilidade de que ex-servidores (não mais investido em cargo público) interponham recurso de apelação em mandado de segurança sem a assistência de advogado e sem possuírem conhecimento jurídico e capacidade postulatória.

9 EXIGÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Lei n.12.016/2009 disciplinou também o mandado de segurança coletivo, tratando o § 2º do art. 22 da oitava da pessoa jurídica de direito público:

[...]

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

[...]

§ 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. (grifo nosso).

O dispositivo condicionou para o deferimento da medida liminar, pelo impetrante do remédio constitucional, à oitiva da parte contrária.

A Lei n.8.437/1992 (medidas cautelares) já tratava do tema, que vinculava a concessão de liminar após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Significa que a nova lei tornou mais rígida a medida comparando-a com a lei acima citada. Contudo, estando presentes os pressupostos legais, a liminar não pode ser negada, pois esperar a manifestação da parte contrária pode comprometer a decisão final.

Caso demonstre-se que do ato ilegal da autoridade resultou ofensa a direito subjetivo, líquido e certo dos representados, na ação, a espera do prazo de 72 (setenta e duas horas) pode retirar do julgador a possibilidade de impedir o perecimento do próprio direito.

Tornar inexorável a oitiva da parte contrária na impetração do *writ coletivo* reduz a sua máxima eficácia, prevista no inciso LXIX, art. 5º CF/88.

10 DO PRAZO DECADENCIAL PARA IMPETRAÇÃO

O artigo 23 da nova lei que rege o Mandado de Segurança tem a seguinte redação: “[...] o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á **decorridos 120 (cento e vinte) dias**, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. (grifo não constante do original).

O dispositivo impôs o prazo de decadência de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do *mandamus* destoando da previsão constitucional do remédio jurídico que não fez tal fixação.

A Súmula 632 do STF parece embasar a fixação do prazo para perda do direito ao mandado de segurança, já que afirmou a constitucionalidade da fixação de prazo, o qual já tinha disciplina na Lei n. 1.533/1951.

Entre os argumentos encontra-se que a perda do direito de impetrar a segurança não impede o uso de outras medidas para que o impetrante busque a proteção jurisdicional de seu direito, e que o prazo estipulado não pode ser entendido como penalidade.

Entretanto, conforme afirma Bueno (2009), o que se pode extrair do comando do § 1º, do art. 5º da Lei Suprema que o *writ* constitucional como direito e garantia individual e coletiva não aceita restrição temporal.

11 DA EXCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No que se refere aos honorários advocatícios, o novo diploma fez a seguinte previsão:

[...]

Art. 25. 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. (grifo não constante do original).

Ao prever a inexistência de condenação da parte vencida em honorários advocatícios no mandado de segurança, o novo regime inovou em relação à lei anterior.

Parte da doutrina defendia a aplicação direta do art. 20 do Código de Processo Civil quanto ao pagamento dos honorários sucumbênciais pela parte vencida.

Entretanto, a lei vigente optou por seguir o entendimento das Súmulas 512 do STF “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança” e da Súmula 105 do STJ ao afirmar que “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.”

A justificativa apresentada é a de que a condenação em sucumbência poderia obstar o ajuizamento da ação de natureza constitucional. Porém, dizem que não haveria limitação de acesso à prestação jurisdicional, pois a Lei n. 1.060/1950 prevê o benefício da assistência judiciária gratuita para os realmente necessitados.

Apesar de o dispositivo afastar os honorários de sucumbência, continuará a se exigir o pagamento de taxa judiciária para a impetração do *writ*, dificultando o seu manejo.

Infere-se que a restrição legal tem relação com a proteção do Poder Público, maior número de demandas nessa matéria, do contrário poderia o legislador ter expressamente dispensado o mandado de segurança das despesas processuais e não somente dos honorários.

Dessa forma, o dispositivo diminui a atividade essencial do advogado à administração da justiça, consoante art. 133 da Carta Política, tornando-se passível de controle de constitucionalidade.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que o Mandado de Segurança por ser uma ação constitucional garantidora de direito líquido e certo, individual e coletivo das pessoas, contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública, seja, por isso, merecedor de maior alcance do que aquele verificado nas ações em geral.

Notadamente, a Lei n° 12.016/2009 não foi capaz de atribuir resultado satisfatório a esta garantia constitucional, no que se refere à sua máxima eficácia enquanto instrumento de proteção dos direitos subjetivos públicos.

O novo diploma legislativo ousou pouco, já que não promoveu alterações substanciais considerando as regras da legislação anterior revogada, as quais foram mantidas ou se fizeram mais rigorosas para o manejo do remédio jurídico em análise.

A máxima efetividade da garantia foi limitada, por exemplo, ao impedir o cabimento do *mandamus* contra ato de gestão comercial ilegal ou abusivo, ao exigir-se do impetrante garantia para a concessão de liminares (ex.: caução), ou, ao proibir que o magistrado conceda liminares em matérias específicas (ex.: entrega de mercadorias importadas), dentre outras.

Em relação ao impedimento de condenação em honorários sucumbenciais, também suscitado de inconstitucional, infere-se que o tema está em consonância com a amplitude do remédio jurídico, apesar de não dispensar o impetrante da cobrança de custas processuais.

As restrições trazidas pela nova lei revelam-se incompatíveis com a natureza e abrangência e proteção da ação mandamental, posto que, afronta a própria garantia fundamental do mandado de segurança.

Foram comprometidos alguns princípios fundamentais como o do inafastabilidade da jurisdição, o da separação dos poderes (independência do Poder Judiciário), da isonomia e principalmente da supremacia da Constituição.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar as ações impetradas pelo Conselho Federal da OAB impugnando dispositivos do novo diploma, possa decidir no sentido de fazer valer a máxima efetividade do remédio heróico, e ao mesmo tempo não limitar o acesso à justiça pelos jurisdicionados, através do uso do *writ* constitucional.

Dessa forma, infere-se de tudo que foi explanado neste trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, que a nova disciplina do mandado de segurança guarda pouca afinidade com o pensamento contemporâneo dos direitos fundamentais e do próprio ideal de Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 1.533/1951**. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Brasília, DF, 1951. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em 25 març. 2010.

_____, **Lei nº 12.016/2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em 27 març. 2010.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4296**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Requerido(s): Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4296&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 02 abr. 2010.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4403**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Requerido(s): Presidente da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4403&processo=4403>>. Acesso em 19 abr. 2010.

FACCI, Lucio Picanço. **Evolução histórica do mandado de segurança**. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3461>>. Acesso em: 14 de mar. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Dialética, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ações constitucionais**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. **Comentários à nova lei de mandado de segurança**. São Paulo: Método, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev., amp. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de; **Mandado de segurança individual e coletivo**: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOUTA, José Henrique. **Mandado de segurança**. 2. ed. rev. Ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VITA, Heraldo Garcia; **comentários à Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.