

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO – ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE SANTA CATARINA**

LORENÇO ASCARI JUNIOR

**A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E A EXIGÊNCIA DE
CAUÇÃO, FIANÇA OU DEPÓSITO PARA A CONCESSÃO DE
LIMINAR**

CRICIÚMA, SETEMBRO DE 2010

LORENÇO ASCARI JUNIOR

**A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E A EXIGÊNCIA DE
CAUÇÃO, FIANÇA OU DEPÓSITO PARA A CONCESSÃO DE
LIMINAR**

Monografia apresentada à Diretoria de Pós-graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, para obtenção do título de especialista pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC.

Orientador: Prof. Paulo da Silva Filho

CRICIÚMA, SETEMBRO DE 2010

DEDICATÓRIA

A memória de meu estimado pai, que ao longo de sua vida terrena sempre procurou propiciar a seus filhos uma educação sólida, pautada no respeito, na humildade, na dignidade, e, no amor as coisas mais simples.

AGRADECIMENTOS

Agradeço acima de tudo a Deus, pelo dom da vida. A minha mãe, pelo apoio diário. As minhas irmãs, cunhados e sobrinhos pela compreensão de minha ausência nos últimos meses, necessária para a finalização deste trabalho. Ao dedicado e competente Dr. Paulo da Silva Filho, Juiz de Direito da Comarca de Orleans/SC, pelo auxílio intelectual, e, pelas palavras de incentivo ao longo da execução desta monografia.

“O mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo-se verdadeiro instrumento de liberdade civil e política.”

Ary Florêncio Guimarães

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar se o inciso III, do artigo 7º da Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009, que faculta a exigência de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar é inconstitucional, bem como abordar noções propedêuticas acerca do mandado de segurança, identificando as previsões legais existentes no ordenamento jurídico nacional. O método utilizado para a execução deste trabalho foi predominantemente bibliográfico, com consulta ao acervo constante de bibliotecas, aquisição de obras pelo autor e minuciosa pesquisa na internet. No decorrer da elaboração, constatou-se que a nova lei do mandado de segurança vem causando uma série de discussões em todos os meios jurídicos, tanto é, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs junto ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar, a qual foi autuada sob o nº ADI 4296. Vários aspectos vêm chamando atenção acerca da Lei nº 12.016/09, contudo, defensores afirmam que a nova legislação vai permitir a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pelo mandado de segurança, além de consolidar a jurisprudência dos tribunais. Já os opositores, sustentam que a nova lei é elitista, em especial por facultar a exigência de caução para concessão de medidas liminares. Ao final, a conclusão formada é no sentido de que o artigo da nova lei do mandado de segurança que rege a concessão de medida liminar, não é inconstitucional, visto que a prestação de caução, fiança ou depósito é uma faculdade do juiz, o qual detém capacidade para analisar a questão e verificar a necessidade de exigir garantia do impetrante, em consonância com o princípio do livre convencimento motivado.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Lei. Inconstitucionalidade. Caução. Fiança. Depósito.

RESUMEN

El objetivo de este estudio es analizar si el inciso III del artículo 7 de la Ley N ° 12.016 del 07 de agosto 2009, que establece el requisito de fianza, fianza o depósito para la concesión de un mandamiento judicial es inconstitucional, así como nociones abordar párpado sobre la orden judicial, la identificación de las disposiciones legales vigentes en la legislación nacional. El método para realizar este trabajo fue principalmente la literatura, con la consulta constante con la colección de las bibliotecas, la adquisición de obras por el autor y la investigación cuidadosa en el Internet. Durante el desarrollo, se encontró que el requerimiento de la nueva ley ha provocado una serie de discusiones sobre todos los medios legales, a tal punto, que el Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil - OAB propuesta por el Tribunal Supremo una Acción directa inconstitucional la aplicación con precaución, que se evaluó en ningún ADI 4296. Varios aspectos han estado llamando la atención en la Ley N ° 12.016/09, sin embargo, los defensores afirman que la nueva legislación permitirá a la observancia de los derechos fundamentales protegidos por la orden judicial, además de consolidar la jurisprudencia de los tribunales. Mientras tanto, los opositores sostienen que la nueva ley es elitista, en particular la obligación de proporcionar seguridad para la concesión de medidas cautelares. Al final, la celebración se hace en dicho artículo del requerimiento de la nueva ley que rige la concesión de medidas cautelares, no es inconstitucional, ya que la constitución de una garantía, fianza o depósito es una opción del juez, que tiene la capacidad de examinar la cuestión y comprobar la necesidad de exigir la garantía de la peticionaria, de acuerdo con el principio de libre convicción motivados.

Palabras claves: Exhorto de seguridad. Ley inconstitucional. Bond. Libertad bajo fianza. Fuerte.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O MANDADO DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL ..	12
2.1 Considerações históricas sobre o mandado de segurança	12
2.1.1 Institutos congêneres ao mandado de segurança no direito comparado.....	12
2.1.2 A introdução do mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional	14
2.1.3 A evolução das normas constitucionais acerca do mandado de segurança.....	15
2.2 Noções propedêuticas	17
2.2.1 Conceito	17
2.2.2 Natureza jurídica.....	18
2.2.3 Cabimento do mandado de segurança.....	19
2.2.4 Conceito de direito líquido e certo	20
2.2.5 Legitimação ativa - impetrante.....	21
2.2.6 Legitimação passiva - impetrado	22
2.2.7 Prazo para impetração do mandado de segurança	23
2.2.8 Competência.....	24
2.3 Questões processuais	25
2.3.1 Inicial e notificação	26
2.3.2 Informações	27
2.3.3 Liminar.....	29
2.3.4 Sentença	30
2.3.5 Recurso cabível contra sentença no mandado de segurança	32
3 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR E TUTELA ANTECIPADA	35
3.1 Controle de constitucionalidade	35
3.1.1 Inconstitucionalidades	36
3.1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade.....	37
3.1.3 Critérios e modos de exercício do controle jurisdicional.....	40
3.1.4 As espécies de controle concentrado	41
3.1.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica.....	42
3.1.4.2 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva	44

3.1.4.3 Ação direito de inconstitucionalidade por omissão	46
3.1.4.4 Ação declaratória de constitucionalidade	48
3.1.4.5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental	49
3.2 Liminar e tutela antecipada	52
3.2.1 Conceito de liminar	52
3.2.2 Conceito de tutela antecipada	53
4 A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009)	56
4.1 A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009	56
4.2 Dispositivos da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 taxados com inconstitucionais pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	57
4.2.1.1 Artigo 1º, § 2º	58
4.2.1.2 Artigo 7º, inciso III	60
4.2.1.3 Artigo 7º, § 2º	62
4.2.1.4 Artigo 22, § 2º	64
4.2.1.5 Artigo 23	65
4.2.1.6 Artigo 25	67
4.3 Da (in)constitucionalidade do artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009	68
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

A nova lei do mandado de segurança e a exigência de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar se encontram contextualizadas nas áreas de Direito Constitucional e Direito Processual Civil, haja vista a interação dos princípios de ambos os ramos.

A importância do tema em questão encontra-se evidenciada no fato de que a Lei nº 12.016, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, sancionada pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2009, vem causando uma série de discussões em todos os meios jurídicos, tanto é, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs junto ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar, a qual foi autuada sob o nº ADI 4296.

Vários aspectos vêm chamando atenção acerca da Lei nº 12.016/09, contudo, defensores afirmam que a nova legislação vai permitir a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pelo mandado de segurança, além de consolidar a jurisprudência dos tribunais. Já os opositores, sustentam que a nova lei é elitista, em especial por facultar a exigência de caução para concessão de medidas liminares.

Assim, percebe-se que há uma grande controvérsia na Lei nº 12.016/09, especificadamente, no que tange a concessão de liminares, já que o inciso III, do artigo 7º da lei faculta a exigência de caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Deste norte, torna-se essencial estudar os aspectos relevantes do mandado de segurança, as formas de inconstitucionalidade das leis, as medidas de urgência, as mudanças introduzidas pela Lei nº 12.016/09, sendo que neste ponto, será dada ênfase a exigência de caução, fiança ou depósito, introduzida pela lei do mandado de segurança.

O objetivo do presente trabalho é analisar se o artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 é (in)constitucional, uma vez que para concessão de liminares faculta ao juiz exigir do impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito.

A execução deste trabalho foi realizada mediante minuciosa pesquisa bibliográfica, utilizando para o desenvolvimento da parte específica, qual seja, o mandado de segurança, as obras de Hely Lopes Meirelles, Alexandre de Moraes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Afonso da Silva, Vicente Greco Filho, Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima e Cassio Scarpinella Bueno, da mesma forma que foram consultadas obras de doutrinadores pátrios nas áreas de processo civil e constitucional.

Por fim, a presente monografia encontra-se dividida em capítulos, assim organizados: no segundo capítulo é abordado o mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional; no terceiro capítulo são apresentadas noções preliminares acerca do controle de constitucionalidade, liminar e tutela antecipada, no quarto e último capítulo é discutida a nova lei do mandado de segurança, em especial, a exigência de caução, fiança ou depósito na concessão de liminares sobre a égide da nova lei do mandado de segurança.

2 O MANDADO DE SEGURANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

As ponderações acerca do mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional têm como fundamento primordial conceitualizá-lo, enumerar as hipóteses de cabimento, as espécies de mandado de segurança e os recursos cabíveis.

2.1 Considerações históricas sobre o mandado de segurança

As considerações históricas sobre o mandado de segurança têm por finalidade apresentar um retrospecto dos institutos congêneres do direito comparado, descrever a introdução do mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional e demonstrar a evolução das normas constitucionais acerca do mandado de segurança.

2.1.1 Institutos congêneres ao mandado de segurança no direito comparado

É cediço que o mandado de segurança é uma criação brasileira, contudo, o instituto encontra suas origens no Direito comparado, em especial no *writ* americano, do *mandamus* inglês, e do juízo de amparo mexicano, os quais tinham por objeto proteger os direitos do homem contra a arbitrariedade do Estado.¹

Melchiades Picanço afirma que o mandado de segurança se aproxima mais dos *writs* nos Estados Unidos e com o *mandamus* na Inglaterra:

O mandado de segurança do direito brasileiro se aproxima mais do *mandamus* inglês, instituído para proteger os funcionários demitidos ou removidos ilegalmente. O *mandamus* visa atos administrativos. O mandado de segurança também, criado pela Constituição brasileira, se dirige contra atos de autoridades. O *writ*, ao contrário disso, é medida geral de proteção contra atos públicos e particulares. O mandado de segurança poderá

¹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 25.

equivaler a certo e determinado *writ*, mas não a qualquer deles. O *writ of mandamus* não se confunde com o *quo warranto*, nem com o *writ os certioari*.²

No entanto, não podemos deixar de mencionar que o juízo de amparo mexicano, contribuiu de forma considerável para criação do mandado de segurança pelos legisladores brasileiros, tanto é que no Congresso Jurídico de 1922, Seção de Direito Judiciário, o Ministro Muniz Barreto declarou que necessitávamos: “é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.”³

Acerca do amparo mexicano Alfredo Buzaid leciona que:

[...] um processo que se inicia pela ação que exerce qualquer governante perante os órgãos jurisdicionais federais contra todo ato de autoridade (*latu sensu*) que lhe cause um agravo em sua esfera jurídica e que considere contrário à Constituição, tendo por objeto invalidar dito ato ou privá-lo de sua eficácia em virtude de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade no caso concreto que lhe deu origem.⁴

Lucio Picanço Facci, ainda apresenta o Direito Português, e a apelação extrajudicial a qual também é considerada como fonte histórica do mandado de segurança, tendo em vista a similaridade de seu conteúdo. Na apelação extrajudicial, porém, o objeto de exame era feito somente através de meio jurídico recursal.⁵

Ao tratar dos institutos congêneres ao mandado de segurança no direito comparado é bom transcrevermos o seguinte:

Não há dúvidas de que os institutos alienígenas examinados guardam algumas similitudes com o nosso mandado de segurança. Contudo, embora nosso ordenamento tenha incorporado os princípios jurídicos desenvolvidos na cultura dessas civilizações, o mandado de segurança é uma criação jurídica brasileira, que não encontra instrumento *absolutamente* similar no direito estrangeiro.⁶

Assim, é possível concluir que o mandado de segurança brasileiro não é absolutamente similar aos institutos congêneres do direito comparado, visto que se trata de criação jurídica nacional, contudo, os institutos estrangeiros serviram de base para sua instituição.

² MELCHIADES PICANÇO *apud* MAIA FILHO, *op.cit.*, p. 27

³ NUNES, José de Castro *apud* FACCI, Lucio Picanço. Evolução histórica do mandado de segurança. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3461>>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁴ BUZAIID *apud* MAIA FILHO, *op. cit.*, p. 27.

⁵ FACCI, *op. cit.*, p. 1.

⁶ MAIA FILHO, *op. cit.*, p. 28.

2.1.2 A introdução do mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional

Ao tecer comentários sobre o mandado de segurança, torna-se importante registrar que o mesmo surgiu no Direito pátrio como um desenvolvimento do *habeas corpus*, o primeiro instituto jurídico brasileiro destinado a tutelar as liberdades e os direitos individuais.⁷

Rui Barbosa, para afirmar a ampliação dada ao *habeas corpus* na Carta Republicana, dizia que o remédio não estava apenas:

[...] circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade.⁸

E continuava em sua explanação:

[...] desde que a Constituição não particularizou os direitos, que, com o *habeas corpus*, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações.⁹

O mandado de segurança nasceu, em nosso ordenamento jurídico, em decorrência da restrição da teoria brasileira do *habeas corpus*, que foi invocado em múltiplas situações, para defesa da liberdade e garantias individuais.¹⁰

Sendo assim, antes da institucionalização do mandado de segurança, que apenas veio a ocorrer em 1934, houve uma ampliação da utilização do *habeas corpus*, uma maneira de viabilizar aos cidadãos uma forma de enfrentar a arbitrariedade do Estado, motivo pelo qual, a Constituição Republicana de 1891 assegurou que se daria *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.¹¹

O mandado de segurança foi introduzido no ordenamento jurídico nacional na Constituição Federal de 1934, sendo que, inicialmente, possuía uma função de reintegração do direito violado, mercê da exigência do incremento da vida jurídica e da necessidade de solução rápida a certas situações de anormalidade, apreciáveis de plano, e, incabíveis no remédio do *habeas corpus*, bem como o

⁷ MAIA FILHO, op. cit., p. 28.

⁸ BARBOSA *apud* FACCI, op. cit.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ MAIA FILHO, op. cit., p. 28.

¹¹ *Ibid.*, p. 29

delineamento das condições para e do complexo de atos que constituiriam a forma da medida legal adotada.¹²

Desta forma, é possível perceber que o mandado de segurança originou-se do desenvolvimento do *habeas corpus*, aliado, aos institutos congêneres do Direito comparado, o que permitiu que o legislador nacional criasse um instituto jurídico nacional com *status* constitucional.

2.1.3 A evolução das normas constitucionais acerca do mandado de segurança

O mandado de segurança foi introduzido no âmbito jurídico nacional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que em seu artigo 113, número 33, determinava:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do 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 petições competentes.¹³

Em 16 de janeiro de 1936 foi regulamentado o processo do mandado de segurança, bem como, a abrangência do instituto, mediante a Lei nº 191.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 foi à única que ignorou o mandado de segurança desde sua instituição, conforme noticia Ada Pellegrini Grinover:

[...] o mandado de segurança só foi ignorado, em nível constitucional, pela Carta de 1937, mas, mesmo sob o Estado Novo, o *writ* continuou tendo aplicação por intermédio do Decreto-lei 6, de 06.11.1937, que estabelecia sua vigoração, nos termos da Lei 131/36, exceto quanto aos atos do Presidente, ministros, governadores e interventores.¹⁴

O retorno do mandado de segurança se deu com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, que previa em seu artigo 141, § 24, o seguinte:

¹² MAIA FILHO, op. cit., p. 31.

¹³ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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.¹⁵

Torna-se importante ressaltar, que a Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 que regeu o mandado de segurança até o ano que se findou, foi sancionada durante o período que vigorou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, sofrendo modificações pelas Leis nº 4.166/1962, da Lei 4.348/1964 e também da Lei nº 5.021/1966.¹⁶

O mandado de segurança, também encontrava previsão na Constituição da República Federativa de 1967, a qual em seu artigo 150, § 21, legislava:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.¹⁷

Com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 o mandado de segurança passou a ser previsto no artigo 153, § 21, com a mesma redação da Constituição da República Federativa de 1967.¹⁸

Atualmente, o mandado de segurança encontra previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1989, a qual dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;¹⁹

¹⁵ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

¹⁶ MAIA FILHO, 2010, p. 34.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

¹⁸ Id. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

¹⁹ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

No entanto, passados quase cinquenta e oito anos, o mandado de segurança até então foi regulado pela Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951, sendo que a partir de 7 de agosto de 2009 passou a ser disciplinado pela Lei nº 12.016, a qual trouxe uma série de discussões acerca da sua constitucionalidade.

2.2 Noções propedêuticas

A fim de se obter uma melhor compreensão da nova lei, necessário se faz delinear, inicialmente, noções propedêuticas acerca do mandado de segurança, como: conceito, natureza jurídica, hipóteses de cabimento, conceito de direito líquido e certo, legitimação ativa e passiva, prazo para impetração e a competência.

2.2.1 Conceito

O mandado de segurança para Hely Lopes Meirelles 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 e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei n. 1.533/51, art. 1º).²⁰

Ary Florêncio Guimarães salienta que o mandado de segurança é conferido aos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, constituindo-se verdadeiro instrumento de liberdade civil e liberdade política.²¹

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 23. ed. (atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 21.

²¹ GUIMARÃES, Ary Florêncio *apud* MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 151.

Complementando, Alexandre de Moraes ressalta que o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários e os atos vinculados, pois nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato.²²

Deste modo, podemos conceituar o mandado de segurança como sendo o procedimento utilizado para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por autoridade, sendo considerado um instrumento de liberdade civil e política.

2.2.2 Natureza jurídica

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, que tem por escopo proteger direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.²³

Hely Lopes Meirelles ao tratar sobre a natureza jurídica nos ensina que o mandado de segurança: *“Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil.”*²⁴

Castro Nunes, também relata acerca do rito especial quando menciona que o mandado de segurança é *“garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo.”*²⁵

Nesta alheta temos que o mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, sendo assim, qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar,

²² GUIMARÃES, op. cit., p. 151.

²³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 152.

²⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 30.

²⁵ NUNES *apud* MORAES, op. cit., p. 152.

eleitoral, trabalhista etc.), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente.²⁶

2.2.3 Cabimento do mandado de segurança

O mandado de segurança é cabível em regra, contra todo ato comissivo ou omissivo de qualquer autoridade no âmbito dos poderes de Estado e do Ministério Público, assim, o âmbito de incidência do mandado de segurança é definido residualmente, pois somente caberá seu ajuizamento quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

²⁷

Ary Florêncio Guimarães, ao lecionar acerca do cabimento do mandado de segurança afirma:

[...] decorre o instituto, em última análise, daquilo que os publicistas chamam de *obrigações negativas do Estado*. O Estado com organização sociojurídica do poder *não deve* lesar os direitos dos que se acham sob a sua tutela, respeitando, conseqüentemente, a lúdima expressão desses mesmos direitos, por via da atividade equilibrada e sensata dos seus agentes, quer na administração direta, quer no desenvolvimento do serviço público indireto.²⁸

A Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 5º, a exemplo do revogado artigo 5º da Lei nº 1.533/1951, exclui o cabimento do mandado de segurança em três hipóteses: quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; contra decisão judicial do qual caiba recurso com efeito suspensivo; e, da decisão judicial transitada em julgado.²⁹

Estando claro que o mandado de segurança é uma forma de garantia constitucional à proteção do direito líquido e certo, temos que o mesmo sempre será cabível se as três exceções previstas não forem suficientes para proteger o direito líquido e certo do impetrante.

²⁶ MEIRELLES, op. cit., p.30.

²⁷ Ibid., p. 152.

²⁸ GUIMARÃES *apud* MORAES, op. cit., p. 152.

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

2.2.4 Conceito de direito líquido e certo

Tradicionalmente o conceito de direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.³⁰

Para Hely Lopes Meirelles, direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser definido por outros meios judiciais.³¹

Desta forma, se excluía do controle do *writ of mandamus* aquelas questões de ordem mais complexa, ainda que o magistrado pudesse, através de análise da prova pré-constituída, aferir a existência ou não do direito da parte.³²

No entanto, Tiago Asfor Rocha Lima ao fazer comentários sobre o direito líquido e certo assegura que:

A evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto não permitiu que prevalecesse tal entendimento, até mesmo porque reduziria ainda mais as situações passíveis de proteção pela ação constitucional. O que se costumou entender por “direito líquido e certo” não está relacionado tão-somente com a questão de direito que a parte interessada costuma invocar em sua causa de pedir. Até porque, se assim o fosse, daria ainda uma maior margem de subjetivismo para que o magistrado concedesse ou denegasse a ordem, o que, certamente, não é nenhum pouco conveniente. A liquidez e certeza do direito somente podem ser extraídas dos fatos que deram origem ao pedido da parte e, estes sim (os fatos), é que não devem ser passíveis de contestação, sob pena de ser impossível verificar-se o preenchimento de um dos pressupostos necessários à concessão da segurança. Isto não implica dizer que todo fato incontestável seja capaz de gerar direito líquido e certo. Na verdade, os fatos devidamente comprovados pelo impetrante poderão ou não levar o magistrado a concluir pela existência do direito líquido e certo, necessitando também que o direito invocado esteja realmente apto a ser exigido e usufruído pela parte.³³

³⁰ MORAES, op. cit., p. 154.

³¹ MEIRELLES, op. cit., p. 35.

³² MAIA FILHO, op. cit., p. 40.

³³ Ibid., p. 41.

Sendo assim, é lícito registrar que o direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, sendo que se depender de comprovação posterior, não é direito líquido e certo, para fins de segurança.³⁴

2.2.5 Legitimação ativa – impetrante

Analisando atentamente a redação da Lei nº 12.016/2009, em seu artigo primeiro, podemos perceber que será concedido 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.³⁵

Alexandre de Moraes, em sua obra constitucional, aduz que:

Sujeito ativo é o titular do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Tanto pode ser pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliada ou não em nosso País, além das universalidades reconhecidas por lei (espólio, massa falida, por exemplo) e também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual (chefia do Poder Executivo, Mesas do Congresso, Senado, Câmara, Assembléias, Ministério Público, por exemplo). O que se exige é que o impetrante tenha o direito invocado, e que esse direito esteja sob a jurisdição da Justiça brasileira.³⁶

Complementa Hely Lopes Meirelles:

Não só as pessoas *físicas* e *jurídicas* podem utilizar-se e ser passíveis de mandado de segurança, como também os *órgãos públicos despersonalizados*, mas dotados de capacidade processual, como as Chefias dos Executivos, as Presidências das Mesas dos Legislativos, os Fundos Financeiros, as Comissões Autônomas, as Superintendências de Serviços e demais órgãos da Administração centralizada ou descentralizada que tenham prerrogativas ou direitos próprios a defender.³⁷

Tiago Asfor Rocha Lima defende que:

Não há, todavia, como prevalecer um entendimento restritivo relativamente ao polo ativo da ação de segurança, sob pena de inverter-se a própria lógica do sistema, ao elencar a mesma no rol dos direitos e garantias fundamentais. Além do que implicaria até mesmo um verdadeiro retrocesso legislativo. Impõe-se, portanto, que a expressão contida no *caput* do art. 1º,

³⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 35.

³⁵ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

³⁶ MORAES, op. cit., p. 155.

³⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 22.

da Lei 12.016/2009 (“qualquer pessoa física ou jurídica”), seja interpretada de uma forma abrangente e não excludente.³⁸

Desta forma, dúvidas não há que o primeiro artigo da lei em análise, já menciona que o mandado de segurança será concedido para qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer violação de direito líquido e certo ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, sendo estas, as pessoas legítimas para figurarem no polo ativo da demanda, ou seja, para serem os impetrantes.³⁹

2.2.6 Legitimação passiva - impetrado

Antes de esclarecermos quem é a parte legítima passiva do mandado de segurança, é imperioso registrar que o mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo violado por autoridade, neste sentido, entende-se por autoridade toda pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.⁴⁰

Alexandre de Moraes leciona que:

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificadamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte. É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento do mérito.⁴¹

Temos, então, que poderão ser sujeitos do mandado de segurança os praticantes de atos ou omissões revestidos de força jurídica especial e componentes de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, de autarquias, de empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e, ainda, de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado com funções delegadas do Poder Público, como ocorre em relação às concessionárias de serviços de utilidade pública.⁴²

³⁸ MAIA FILHO, op. cit., p.44.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁴⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 32.

⁴¹ MORAES, op. cit., p. 156.

⁴² *Ibid.*, p. 157.

Tiago Asfor Rocha Lima nos alerta que a nova lei do mandado de segurança passou a considerar como autoridade coatora “*aquela que tenha praticado o ato impugnado ou do qual emane a ordem para a sua prática*”. Deste modo, afastou-se a discussão existente de que a autoridade coatora deveria ser aquela que possui o poder decisório e não a que detinha exclusivamente o poder executório, permitindo o ajuizamento do *mandamus* contra qualquer das autoridades, ou ainda contra ambas.⁴³

Consequentemente é necessário ter a noção de que o polo passivo do mandado de segurança será composto pela autoridade que tenha praticado o ato impugnado, ou, do qual emane a ordem para a sua prática, na exata dicção da Lei nº 12.016/2009.

2.2.7 Prazo para impetração do mandado de segurança

O artigo 23 da nova lei do mandado de segurança é claro em determinar que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Alexandre Freitas Câmara com probidade relata a natureza do prazo para impetração, senão vejamos:

É amplamente dominante, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento segundo o qual o prazo de cento e vinte dias para impetração de mandado de segurança tem natureza decadencial. A própria Lei 12.016/2009 afirma essa natureza, como se vê no arti. 6º, § 6º. Tal posição, porém, não é unânime, havendo quem afirme tratar-se de prazo que não é nem de decadência, nem de prescrição, nem preclusivo, mas tão somente de prazo extintivo. Este entendimento, todavia, restou isolado, sendo aquela primeira corrente hoje amplamente dominante, já não havendo mais disposição para rever o tema.⁴⁴

Mais adiante, consignou o citado doutrinador:

Ocorre que o decurso do prazo de cento e vinte e dias para impetração do mandado de segurança não faz desaparecer o direito substancial do impetrante. Perde-se, tão somente, o direito do impetrante de se valer da via processual conhecida como *mandado de segurança*. Nada impede, contudo, que se utilize outro via processual (a chamada *via ordinária*) para se buscar tutela jurisdicional.⁴⁵

Hely Lopes Meirelles salienta que:

⁴³ MAIA FILHO, op. cit., p. 61.

⁴⁴ Ibid., 330.

⁴⁵ Ibid., p. 332.

Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não ocorre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado.⁴⁶

Pode-se arrematar, então, que o direito de requerer mandado de segurança se extingue após decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência do ato impugnado.

2.2.8 Competência

Alexandre de Moraes em sua obra *Direito Constitucional*, acerca da competência para processar e julgar o mandado de segurança aduz que a mesma é definida em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, comissiva ou omissiva, que possa resultar em lesão ao direito subjetivo da parte e não será alterada pela posterior elevação funcional da mesma.⁴⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta em seu texto, algumas regras de competência do mandando de segurança. Em seu artigo 102, inciso I, define como competência do Supremo Tribunal de Justiça, processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, e, julgar em recurso ordinário, o mandado de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.⁴⁸

O texto constitucional, também define a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal, bem como, julgar em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão (artigo 105, incisos I e II, alíneas *b*).⁴⁹

⁴⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 52.

⁴⁷ MORAES, op. cit., p. 159.

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁴⁹ Ibid.

Já no artigo 108, inciso I, alínea c da Constituição da República Federativa do Brasil, preleciona que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.⁵⁰

Ainda, em seu artigo 114, inciso IV, prevê a Constituição da República Federativa do Brasil a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os mandados de segurança quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.⁵¹

No que se refere a competência das Justiça Eleitoral, dos Estados e Militar, Tiago Asfor Rocha Lima leciona que:

[...] a Carta Republicana não estabelece, diretamente, regras de competência para exame de mandados de segurança, deixando tal encargo para o legislador infraconstitucional, conforme percebe-se, respectivamente, dos arts. 121, 124, parágrafo único, e 125, § 1º. Para averiguação das competências nesses outros Tribunais e órgãos jurisdicionais recomenda-se o exame das Constituições estaduais, das Leis de Organização Judiciária dos Estados e dos Regimentos Internos de cada Tribunal.⁵²

Finalizando, temos então que a competência para processar e julgar os mandados de segurança é definida em função da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta tida como violadora de direito líquido e certo do impetrante, sendo que a Constituição da República Federativa do Brasil fixa as competências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça do Trabalho, já os demais casos são regulados pela legislação infraconstitucional.

2.3 Questões processuais

As questões processuais que envolvem os mandados de segurança, dizem respeito a um conjunto de procedimentos processuais relevantes, entre eles podemos citar a: inicial, notificação, informações, sentença, execução, recursos e coisa julgada.

⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁵¹ Ibid.

⁵² MAIA FILHO, op. cit., p. 65.

2.3.1 Inicial e notificação

A nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09), em seu artigo 6º, estabelece que a petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, devendo ser apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.⁵³

O Código de Processo Civil que é a lei processual que apresenta os requisitos necessários da petição inicial, em seu artigo 282 prescreve que a inicial deverá indicar: o juiz ou tribunal, a que é dirigida; os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido, com as suas especificações; o valor da causa; as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; o requerimento para a citação do réu.⁵⁴

A lei processual civil, ainda estabelece em seu artigo 283 que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.⁵⁵ Neste ponto, é importante salientarmos que a petição inicial do mandado de segurança, diferentemente das demais, deverá ser apresentada em 2 (duas) vias, com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda, o que revela a singularidade procedimental do *writ*.⁵⁶

Napoleão Nunes Maia Filho relata que:

A apresentação duplicada da petição inicial de mandado de segurança e dos documentos que a instruem tem a finalidade de viabilizar em espaço curtíssimo de tempo a formação da relação processual triangular (impetrante, juiz e coator), com a imediata *notificação* da autoridade impetrada para *prestar* informações (art. 7º, I, da Lei 12.016/2009). É visível que essa previsão legal está em perfeita harmonia com a natureza

⁵³ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

especialíssima do pedido de segurança, a não comportar, como se sabe, dilações jusburocratizadas, demoras prejudiciais e contestação factual.⁵⁷

Restando atendido os requeridos dos artigos 282, 283 do Código de Processo Civil e artigo 6º da Lei nº 12.016/2009, o juiz irá despachar a inicial ordenando que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações.⁵⁸

Assim, a notificação do impetrado (coator) e a dos interessados (litisconsortes passivos necessários) equivale à citação, pois delas fluirá o decêndio para as informações e ingresso na causa.⁵⁹

A nova lei do mandado de segurança inova – com relação a dois diplomas legislativos anteriores ao atual (Leis 4.348 e 8437) - ao determinar a ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresso no feito, introduzindo a dupla defesa da Administração nos processos de mandado de segurança.⁶⁰

Concluimos que a petição inicial do mandado de segurança deverá conter os requisitos elencados tanto na lei processual civil, como também pelo disposto na nova lei do mandado de segurança, sendo que preenchidos os requisitos, ao despachar a inicial o juiz ordenará a notificação do coator para no prazo de 10 (dez) dias prestar as informações necessárias, dando ciência também ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada.

2.3.2 Informações

Ao receber a inicial, o juiz irá despachá-la ordenando que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com

⁵⁷ MAIA FILHO, op. cit., p. 101.

⁵⁸ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁵⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 70.

⁶⁰ MAIA FILHO, op. cit., p. 130.

as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações.⁶¹

As informações constituem a defesa da administração, devendo ser prestadas pela autoridade coatora no prazo improrrogável de dez dias, podendo ser subscritas por advogado (ou procurador da entidade), mas justamente com a autoridade responsável pelo ato impugnado, eis que a responsabilidade administrativa é intransferível em juízo.⁶²

Hely Lopes Meirelles ensina que:

Nas informações o impetrado deverá esclarecer minuciosamente os fatos e o direito em que se baseou o ato impugnado. Poderá oferecer prova documental e pericial já produzida. Se a prova depender de outra repartição, fora de sua jurisdição, deverá indicá-la e solicitar requisição pelo juiz. O que não se permite é o pedido de prova futura, a ser produzida em juízo.⁶³

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, ao escrever sobre o tema, discorre que:

[...] é possível continuar a dizer que as informações, na nova sistemática, se não são mais a defesa da Administração, seguem sendo uma das formas de defesa administrativa em sede mandamental.

Permanecem, por isso, merecendo credibilidade até prova contrária, pois são revestidas da *presunção de legitimidade* dos atos da Administração.

Nelas, se podem alegar tanto preliminares como matéria de mérito.

Nem a lei antiga mencionava isso, nem a atual o menciona, mas, vindo com as informações-documentos, deles se abrirá vista ao impetrante, a fim de que se preserve a bilateralidade da prova e o contraditório em toda sua extensão.

Após as informações – e com elas, a defesa da Administração, na nova sistemática -, e exauridas as manifestações da parte contrária acerca do material que as tenha acompanhado, exaure-se a instrução do mandado de segurança, porque não há falar em perícias, vistorias ou audiências num procedimento que somente se compadece com o direito líquido e certo.⁶⁴

A nova lei do mandado de segurança adotou a linha da dupla defesa: informações do coator e defesa (resposta) do ente jurídico interessado, quando no inciso II do *caput* do artigo 7º, determina que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito.⁶⁵

Deste modo, temos que as informações é a peça processual utilizada pela autoridade coatora, e, pelo órgão da representação judicial da pessoa jurídica interessada, para esclarecer os fatos e o direito que embasou o ato impugnado.

⁶¹ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁶² MAIA FILHO, op. cit., p. 128.

⁶³ MEIRELLES, op. cit., p. 88.

⁶⁴ MAIA FILHO, op. cit., p. 129.

⁶⁵ Ibid.

2.3.3 Liminar

A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança para suspensão do ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.⁶⁶

Adroaldo Furtado Fabrício escreve que:

Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.⁶⁷

Hely Lopes Meirelles, ao tratar especificadamente sobre a liminar no mandado de segurança, descreve que:

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.⁶⁸

A nova lei do mandado de segurança, ao regular a concessão de liminar, inclui em seu bojo a faculdade do juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, no entanto, tal assunto não comporta elucidação no presente capítulo, eis que será tratado

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁶⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord) *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁶⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 73.

detalhadamente no capítulo quarto do presente trabalho, o qual tratará especificadamente sobre o tema.

Nesta senda, Hely Lopes Meirelles preleciona que a liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negado quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.⁶⁹

E continua o mesmo doutrinador:

O juiz, desembargador ou ministro que conceder a liminar poderá revogá-la a qualquer tempo, desde que verifique a desnecessidade dessa medida, como poderá restabelecê-la se fatos supervenientes indicarem sua conveniência.

Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entrar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada quando se verifiquem seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante. Casos há – e são frequentes – em que o tardio reconhecimento do direito do postulante enseja seu total aniquilamento. Em tais hipóteses, a medida liminar impõe-se como providência de política judiciária, deixada à prudente discricão do juiz.⁷⁰

Analisando o texto legal, temos que da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento.⁷¹

A nova legislação, ainda, determina que 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.⁷²

Por fim, cumpre esclarecer que os efeitos da liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença, sendo que em caso de deferimento o processo terá prioridade para julgamento.⁷³

2.3.4 Sentença

⁶⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 74.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

Didaticamente, podemos definir a sentença como sendo o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, neste sentido Daniel Assumpção leciona:

Atualmente, o conceito de sentença deve resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, §1º, 267 e 269, todos do CPC. Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as sentenças terminativas passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC; (ii) efeito: extinção do procedimento em primeiro grau.

A redação do art. 267, caput, do CPC – "Extingue-se o processo, sem resolução do mérito" – permite ao intérprete entender que, além do conteúdo de um de seus incisos, a decisão somente poderá ser considerada sentença se extinguir o processo.

No tocante à sentença terminativa, portanto, nenhuma alteração ocorreu em virtude da modificação do conceito legal de sentença estabelecido pelo art. 162, § 1º do CPC. Uma decisão que tenha como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 267 do CPC, mas que não coloque fim ao procedimento de primeiro grau – como exclusão de um litisconsorte da demanda por ilegitimidade de parte, ou ainda a extinção prematura de uma reconvenção por vício processual – será considerada uma decisão interlocutória e, como tal, será recorrível por meio do recurso de agravo (art. 522 CPC).⁷⁴

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior ensina que:

Segundo penso, as "situações previstas no art. 267 e 269" somente se prestam a configurar sentença (e a desafiar apelação) quando põem fim ao processo ou quando resolvem por inteiro o objeto principal do processo pendente de acerto em juízo. Para o ato judicial cognitivo ser tratado como sentença é preciso que todo o pedido ou todos os pedidos da inicial tenham sido resolvidos, positiva ou negativamente. Se o pronunciamento não os abrange em toda a extensão, deixando questões para a solução no decisório final do processo, não pode ser havido como sentença. Sua natureza, dentro da lógica do sistema, é a de decisão interlocutória, ou seja, de ato que, no curso do processo, "resolve questão incidente".⁷⁵

Hely Lopes Meirelles acerca da sentença no mandado de segurança discorre:

A sentença em mandado de segurança poderá ser de carência ou de mérito, se antes não tiver sido indeferida a petição inicial por não se caso de impetração ou não atender às exigências formais da lei. A carência ocorre quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições do direito de agir, tal como previsto no art. 267, VI, do CPC. A sentença de mérito, decidirá sobre o direito invocado, apreciando desde a sua existência até a sua liquidez e certeza diante do ato impugnado, para concluir pela concessão ou denegação da segurança.⁷⁶

Ainda, no que tange a sentença no mandado de segurança, Cesar Asfor Rocha consigna:

É relevante observar que a nova Lei do Mandado de Segurança, no art. 6º, § 5º, prevê que o pedido de segurança será denegado nos casos do art. 267 do CPC, assim adotando, como se observa, as causas de extinção do feito

⁷⁴ ASSUMPÇÃO, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*. Editora Método, 2009, p. 426.

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁷⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 90.

sem resolução de mérito, contempladas no procedimento civil comum ordinário.

A função processual das previsões da extinção do processo sem pronunciamento quanto ao seu mérito atende à exigência de tornar mais céleres os feitos judiciais, evitando que as atividades do Judiciário sejam envolvidas em situações que de processual, têm apenas a aparência, representando erros grosseiros de postulação de pedidos ou mesmo revelando astúcias e malícias a que o Direito não pode conferir acolhimento. O Art. 267 do CPC elenca onze casos em que não deve o Juiz dar curso ao feito, porquanto inviável a pretensão devido à deficiência na formulação ou devido a evento intraprocessual posterior que torne o pedido inapreciável. Cada uma dessas hipóteses tem a sua peculiaridade e a sua circunstância, cabendo analisar, neste tópico, a hipótese prevista no inciso I do aludido art. 267, que autoriza o Juiz a indeferir a petição inicial cuja casuística esteja no art. 295 do mesmo Código.

Por sua vez, o art. 10 da Lei 12.016/2009 prevê o indeferimento imediato do pedido de mandado de segurança, ou seja, autoriza o Juiz a rejeitar *in limine* a postulação mandamental ao exercer o controle da sua admissibilidade.⁷⁷

Desta forma, a sentença é um ato privativo do juiz, o qual com base no artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil deverá motivar a sua decisão, até para permitir que as partes tenham plena ciência das razões do provimento adverso, viabilizando, assim, o uso do recurso cabível.⁷⁸

2.3.5 Recurso cabível contra sentença em mandado de segurança

Antes de identificarmos o recurso cabível contra sentença em mandado de segurança, cumpre-nos registrar que Nelson Nery Junior, conceitua recurso como sendo “o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.”

⁷⁹

Esclarecido o significado de recurso, temos que a Lei nº 12.016/09, em seu artigo 14, é claro em dispor que da sentença denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

A apelação “é o recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau de jurisdição para levar a causa ao reexame dos tribunais do segundo

⁷⁷ MAIA FILHO, op. cit., p. 161.

⁷⁸ Ibid., p. 162.

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 212.

*grau, visando a obter uma reforma total ou parcial da decisão impugnada, ou mesmo sua invalidação.”*⁸⁰

Com relação ao direito de recorrer e a legitimidade passiva no mandado de segurança, é a lição de Flávio Luiz Yarshell e Viviane Siqueira Rodrigues:

Partindo para o exame do § 2º do art. 14 da mencionada lei, ingressou no ordenamento importante inovação que vem solucionar um debate há muito presente na doutrina e jurisprudência pátrias. Ao estabelecer que “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”, o legislador não fez nada menos do que reconhecer com acerto que, originariamente, o direito de recorrer é atribuído ao verdadeiro legitimado passivo no *mandamus*, ou seja, à pessoa jurídica de direito público sobre o qual recairão os efeitos concretos da ordem concedida pela sentença.⁸¹

Cassio Scarpinella Bueno, complementa a lição asseverando que:

A regra, tal qual redigida, coloca fim a discussão doutrinária e jurisprudencial preexistente sobre a autoridade coatora a ter ou não legitimidade para recorrer em nome próprio e não como mero *representante* do órgão ou pessoa jurídica a que pertence. A doutrina e a jurisprudência caminhavam no sentido de reconhecer à autoridade coatora legitimidade para recorrer como *terceiro*, nos moldes do que, genericamente, admite o § 1º do art. 499 do Código de Processo Civil.

Se, como expõe o n. 7, *supra*, a Lei n. 12.016/2009 acabou por fazer a escolha de impor o litisconsórcio passivo entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence, nada mais coerente do que reconhecer, de maneira expressa, a legitimidade da autoridade coatora para recorrer de quaisquer decisões que lhe sejam desfavoráveis. Sua legitimidade recursal, nesse sentido, nada mais é do que extensão natural do reconhecimento de sua legitimidade passiva para atuar, como ré, ao longo de todo o processo.⁸²

Registra-se ainda, que a Lei nº 12.016/09, em seu artigo 18, determina que 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.

Ao comentar citado artigo, Vicente Creco Filho é enfático ao afirmar que:

O texto é inútil, está mal redigido mas é possível a sua intelectuação. Salvo os mandados de segurança ordinários do Supremo Tribunal Federal, todos os demais não serão de única instância porque, ressalvado o STF, das decisões de todos os outros Tribunais do País cabe algum recurso, que pode ser limitado ou de cabimento específico, ma sempre caberá algum recurso, nem que seja para o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Além disso, se a instância é única, como caberia recurso? A instância, então, não é única se cabe recurso especial ou extraordinário.

O que o dispositivo quis dizer é que ao mandado de segurança aplicam-se os casos de recurso especial e extraordinário, mas isso já está na constituição, de modo que a regra nada diz, e nem poderia ser diferente porque o regramento desses recursos é constitucional e a lei nada pode dispor sobre o seu cabimento. Outro erro do texto: as hipóteses de

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.646.

⁸¹ MAIA FILHO, op. cit., p. 190.

⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

cabimento do recurso especial e do extraordinário não são legais, mas sim constitucionais, como, também, as hipóteses de recurso ordinário quando a decisão for denegatória. Finalmente, esqueceu-se o legislador dos mandados de segurança perante as Justiças especiais, eleitoral e do trabalho, cujo sistema recursal é o constitucional e legal próprio. O dispositivo, portanto, é desnecessário e não merece sequer ser considerado.⁸³

Resumidamente, podemos concluir que o recurso cabível contra sentença em mandado de segurança é o recurso de apelação, sendo que contra as decisões em mandado de segurança proferidas pelos tribunais superiores, são cabíveis os recursos elencados na Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸³ CRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: (comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48

3 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, LIMINAR E TUTELA ANTECIPADA

Nas noções preliminares acerca do controle de constitucionalidade serão abordados os conceitos, os tipos de inconstitucionalidade, os sistemas de controle de constitucionalidade, critérios e modos de exercício do controle de constitucionalidade e os sistemas brasileiros de controle de constitucionalidade.

Neste capítulo, também serão dados os conceitos de liminar e tutela antecipada.

3.1 Controle de Constitucionalidade

Ordinariamente, é importante termos em mente que a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.⁸⁴

Alexandre de Moraes, conceitua o controle de constitucionalidade da seguinte forma:

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (*bloco de constitucionalidade*).⁸⁵

De outro ângulo, podemos afirmar que é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados.⁸⁶

Neste norte, o controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia da supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na

⁸⁴ MORAES, op. cit., p. 699.

⁸⁵ Ibid., p. 701.

⁸⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 38

constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando os seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.⁸⁷

3.1.1 Inconstitucionalidades

Conforme já narramos à noção de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição, sendo que a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para esta supremacia, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.⁸⁸

Ao tratar sobre as inconstitucionalidades, José Afonso da Silva afirma que:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.⁸⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta duas formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação (atuação) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, a, e III, a, b e c, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º).⁹⁰

José Afonso da Silva afirma que a inconstitucionalidade por ação ocorre:

[...] com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

⁸⁷ MORAES, op. cit., p. 700.

⁸⁸ Ibid., p. 699.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

⁹⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

É interessante registrar que essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos, etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*, e que se manifesta sob dois aspectos: (a) *formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) *materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição.⁹¹

No outro vértice, a inconstitucionalidade por omissão se verifica nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.⁹²

Ao tecer comentários sobre a inconstitucionalidade por omissão, Alexandre de Moraes assevera:

Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa. A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissor configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*.⁹³

Como afirma Gilmar Ferreira Mendes, a omissão poderá ser *absoluta*, total ausência de normas, ou *relativa*, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar.⁹⁴

Identificadas as inconstitucionalidades, por ação e omissão, relevante se mostra analisar os sistemas de controle de constitucionalidade existentes, o que faremos no tópico seguinte.

3.1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece técnica especial, para defender a supremacia constitucional contra as

⁹¹ SILVA, op. cit., p. 47.

⁹² Ibd.

⁹³ MORAES, op. cit., p. 767.

⁹⁴ MENDES *apud* MORAES, op. cit., p. 768.

inconstitucionalidades, que a teoria do Direito Constitucional denomina *controle de constitucionalidade*.⁹⁵

Alexandre de Moraes, antes de relatar os controles de constitucionalidade das leis, formula um tópico exclusivo sobre o momento de realização deste controle, o qual nos compete transcrever:

A presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o *controle preventivo* pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o *controle repressivo* busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo da constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrário à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.⁹⁶

O controle repressivo de constitucionalidade, que busca sanar a norma editada em desrespeito à Constituição, classifica-se em: político, jurídico e misto.⁹⁷

O político ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado.

⁹⁸

José Afonso da Silva elucida da seguinte forma:

O *controle político* é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio *Poder Legislativo*, solução predominante na Europa no século passado; ou um *órgão especial*, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).⁹⁹

A regra adotada pelo Brasil é o controle jurídico ou judiciário, que é a verificação da adequação (compatibilidade) de atos normativos com a constituição feita pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário.¹⁰⁰

Ao complementar, José Afonso da Silva afirma que:

O *controle jurisdicional*, generalizado hoje em dia, denominada *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.¹⁰¹

⁹⁵ SILVA, op. cit., p. 49.

⁹⁶ MORAES, op. cit., p. 703.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ SILVA, op. cit., p. 49.

¹⁰⁰ MORAES, op. cit., p. 704.

¹⁰¹ SILVA, op. cit., p. 49.

Finalizando, temos o controle misto, que é quando a constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras ao controle jurisdicional.¹⁰²

José Afonso da Silva esclarece:

O *controle misto* realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.¹⁰³

Visto o conceito e classificação do controle repressivo de constitucionalidade, torna-se importante conceituar e classificar o controle preventivo de constitucionalidade.

O controle preventivo pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.¹⁰⁴

Alexandre de Moraes acerca da primeira hipótese de controle preventivo assevera:

[...] às comissões permanentes de constituição e justiça cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal.

O art. 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento ou ato de que resultar sua criação e com as atribuições neles previstas.

Esta hipótese de controle poderá ser realizada, também, pelo plenário da casa legislativa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

O art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados criou a comissão de constituição e justiça e de redação, estabelecendo seu campo temático e sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação.

Por sua vez, o Regimento Interno do Senado Federal prevê, no art. 101, a existência da comissão de constituição, justiça e cidadania, com competência para opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentabilidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do plenário, por despacho do Presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário.¹⁰⁵

Acerca do veto jurídico, leciona o citado doutrinador:

A segunda hipótese encontra-se na participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. O Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (CF, art, 66, § 1º). É o chamado veto jurídico.¹⁰⁶

¹⁰² MORAES, op. cit., p. 404.

¹⁰³ SILVA, op. cit., p. 49.

¹⁰⁴ MORAES, op. cit., p. 706.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid., p. 707.

Concluindo, os sistemas de controle de constitucionalidade são técnicas especiais para defender a supremacia da constituição, podendo ser repressivo (político, jurisdicional ou misto), ou, preventivo (comissões de constituição e justiça e o veto jurídico).

3.1.3 Critérios e modos de exercício do controle jurisdicional

Ao tratar sobre os critérios e modos do exercício do controle jurisdicional é imperioso registrar que os sistemas constitucionais conhecem dois critérios de controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário: o controle difuso e o controle concentrado.¹⁰⁷

O controle difuso verifica-se quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário.¹⁰⁸ Alexandre de Moraes conceitua o controle difuso como:

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

[...]

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.¹⁰⁹

E conclui o citado doutrinador:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.¹¹⁰

¹⁰⁷ SILVA, op. cit., p. 49.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ MORAES, op. cit., p. 709.

¹¹⁰ Ibid., p. 711.

O controle concentrado, ao contrário do difuso, é deferido apenas ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.¹¹¹ Alexandre de Moraes, didaticamente apresenta:

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934.

[...]

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.¹¹²

Assim, numa síntese, podemos concluir que o controle difuso é aquele realizado por todos os componentes do Poder Judiciário, enquanto que o controle concentrado é permitido apenas ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.

3.1.4 As espécies de controle concentrado

A Constituição da República Federativa do Brasil contempla as seguintes espécies de controle concentrado, senão vejamos: ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC nº 03/93); e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).¹¹³

Levando em consideração que o presente trabalho possui como um dos seus fundamentos a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4296, que se caracteriza como o critério concentrado de controle de constitucionalidade, e, levando em consideração a amplitude da matéria aqui discutida, abordaremos apenas as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal, e,

¹¹¹ SILVA, op. cit., p. 49.

¹¹² MORAES, op. cit., p. 730.

¹¹³ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

identificadas acima, a fim de evitar que o presente trabalho se torne extenso e perca o foco principal.

3.1.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

A ação direta de inconstitucionalidade genérica, por se tratar de uma das espécies de controle concentrado da constitucionalidade, deverá ser submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, o qual possui a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil, e de acordo com o seu artigo 102, I, a é o órgão competente para processar e julgar a presente ação.¹¹⁴

Os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade estão elencados no artigo 103, I a IX da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo ele: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.¹¹⁵

O processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade são regulados pela Lei nº 9.868/99.

Alexandre de Moraes ao tecer comentários sobre referida ação, ensina:

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal, estadual* ou *distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros* (cf. item 10.2.5), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal (cf. item 10.2.6) e que ainda estejam em vigor.

[...]

A ação direta de inconstitucionalidade, a partir da edição da Lei nº 9.868/99, tem natureza dúplice, pois sua decisão de mérito acarreta os mesmos efeitos, seja pela procedência (inconstitucionalidade), seja pela improcedência (constitucionalidade), desde que proclamada pela maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, é possível afirmar que as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade são “ações de

¹¹⁴ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

¹¹⁵ Ibid.

sinais trocados”, pois ambas têm natureza dúplice e a procedência de uma equivale – integralmente – à improcedência da outra e vice-versa.¹¹⁶

Acerca da ação direta de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal

Federal:

[...] não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado (por exemplo: medida provisória não convertida em lei) entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.¹¹⁷

Não poderíamos deixar de destacar que a ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, numa de legislador positivo, não podendo ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da constituição.¹¹⁸

Tendo em vista a sua natureza e finalidade especial, a ação direta de inconstitucionalidade não é passível de desistência, sendo norma expressa constantes do artigo 5º, da Lei nº 9.868/99.¹¹⁹

É possível formular pedido cautelar nas ações direta de inconstitucionalidade, conforme prevê o artigo 102, I, p da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo necessário a comprovação do perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais.¹²⁰

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de acordo com Alexandre de Moraes, são:

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos *inconstitucionais são nulos* e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*). Importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado e, conseqüentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, uma vez que, conforme decidiu o Supremo Tribunal

¹¹⁶ MORAES, op. cit., p. 731.

¹¹⁷ Ibid., p. 731.

¹¹⁸ Ibid., p. 744.

¹¹⁹ BRASIL. *Lei Nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

¹²⁰ MORAES, op. cit., p. 745.

Federal, “a rescindibilidade do acórdão conflitante” decorre “do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da consequente prevalência da orientação fixada pelo STF”. Com esse fundamento, a Corte Suprema afastou o argumento “de que a decisão proferida na ADI não poderia retrotrair para alcançar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, tendo em conta a jurisprudência da Corte quanto à eficácia *ex tunc*, como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária.”¹²¹

Numa apertada síntese, então, podemos concluir que a ação direta de inconstitucionalidade é um instrumento de grande importância para a garantia da supremacia da Constituição, isso porque permite que seja realizado o controle concentrado, banindo assim leis ou atos normativos incompatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1.4.2 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva encontra previsão legal no artigo 34, VII da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual menciona que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e, aplicação do mínimo exigido da receita resultante dos impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.¹²²

Ao analisar os princípios constitucionais citados acima, Alexandre de Moraes relata que:

São denominados *princípios sensíveis* constitucionais, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política.

Assim, qualquer lei ou ato normativo do Poder Público, no exercício de sua competência constitucionalmente deferida que venha a violar um dos princípios sensíveis constitucionais, será passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela via da ação interventiva.

¹²¹ MORAES, op. cit., p. 755.

¹²² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

Nessa hipótese, porém, a chamada *intervenção normativa* dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, que detém legitimação exclusiva. Note-se que o fato de a Constituição Federal referir-se à *representação do Procurador-Geral da República* não altera sua natureza jurídica de ação, pois, como lembrava Alfredo Buzaid, “o poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação”.¹²³

A legitimação para propositura da ação de inconstitucionalidade interventiva encontra respaldo no artigo 36, III da Constituição da República Federativa do Brasil, que define que a decretação da intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

Gilmar Ferreira Mendes esclarece que “*trata-se de exercício do direito de ação cuja autora seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o réu o Estado federado, atribuindo-se-lhe ofensa a princípio constitucional da União.*”¹²⁴

Na mesma linha do alegado, Bandeira de Mello expõe que:

Na hipótese, repita-se, se cogita de exercício do direito de ação, cuja autora seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o réu, o Estado, a que se atribuía haver violado princípio constitucional da União, e que deveria ser citado na pessoa de seu representante legal, para deduzir a sua defesa, ante o Supremo Tribunal Federal.¹²⁵

A ação direta de inconstitucionalidade possui dupla finalidade, pois pretende a declaração da inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um *controle direto, para fins concretos*, o que torna inviável a concessão de liminar.¹²⁶

Para encerrar, José Afonso da Silva descreve que:

Uma vez julgada procedente a ação interventiva, e após seu trânsito em julgado, o Supremo comunicará a autoridade interessada, bem como o Presidente da República, para as providências constitucionais (RiSTF, art. 175, parágrafo único).

A decretação da intervenção federal será sempre realizada pelo Presidente da República (CF, art. 84, X), porém na presente hipótese dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, cujo Decreto se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade. Caso não seja suficiente, será decretada

¹²³ MORAES, op. cit., p 766.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 22-24

¹²⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 192.

¹²⁶ MORAES, op. cit., p. 766.

a intervenção, rompendo-se momentaneamente com a autonomia do Estado-membro.

Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade de pacto federativo.¹²⁷

Diante do que foi exposto, é possível concluirmos que a ação direta de inconstitucionalidade interventiva é mais um meio posto a disposição para o controle concentrado das normais constitucionais.

3.1.4.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão encontra previsão legal no artigo 103, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que o objetivo pretendido pelo legislador de 1988, com tal previsão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional, tendo cabimento quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.¹²⁸

Para Alexandre de Moraes:

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comando normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹²⁹

São legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.¹³⁰

¹²⁷ MORAES, op. cit., p. 766.

¹²⁸ Ibid., p. 767.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

O procedimento a ser seguido pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o mesmo da ação de inconstitucionalidade genérica, sendo que Alexandre de Moraes faz as seguintes ressalvas:

Importante salientar que inexistente prazo para a propositura da presente ação, havendo porém necessidade de aferir-se caso a caso a existência de transcurso de tempo razoável, que já houvesse permitido a edição da norma faltante.

Não é obrigatória a oitiva do Advogado Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que inexistente ato impugnado a ser defendido. O Ministério Público, porém, sempre deverá se manifestar, antes da análise do Plenário sobre a ação proposta.

[...]

É incompatível com o objeto da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, como salientou o próprio Supremo Tribunal Federal, o que se dará quanto ao exame preliminar?¹³¹

Ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, em face da ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, deverá ser dada ciência ao Poder ou órgão competente para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilização, caso a omissão permaneça. Se tratando de órgão administrativo, o mesmo terá o prazo de 30 (trinta) dias para a adoção das providências. Já o Poder Legislativo, não possui prazo preestabelecido, eis que tal Poder não pode ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu *múnus*, sob pena de afronta a separação dos Poderes, não havendo possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. No entanto, declarada a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.¹³²

Por derradeiro, como assevera Alexandre de Moraes: “a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.”¹³³

Neste sentido, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desenvolve papel de grande significado no controle da constitucionalidade, e, em especial, garantindo a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³¹ MORAES, op. cit., p. 768.

¹³² Ibid., p. 769.

¹³³ Ibid.

3.1.4.4 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico nacional pela Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, sendo que encontra previsão legal no artigo 102, I, a da Constituição da República Federativa do Brasil.¹³⁴

A competência para processamento e julgamento é do Supremo Tribunal Federal, sendo que os legitimados para a propositura da ação, são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.¹³⁵

A finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é exposta por Alexandre de Moraes:

A ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional.

Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais, porém esta presunção, por ser relativa, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional.

Neste ponto, situa-se a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade: *transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes.*

Portanto, o objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade. Uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.¹³⁶

¹³⁴ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ MORAES, op. cit., p. 771.

O procedimento e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade são regulados pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o qual segue os preceitos básicos fixados pelo Supremo Tribunal Federal.¹³⁷

Acerca dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal:

As decisões definitivas de mérito (sejam pela procedência ou pela improcedência), proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal concluir que a lei ou ato normativo federal é constitucional, estão expressamente fará a declaração, julgando procedente a ação, que produzirá efeitos *ex tunc, erga omnes* e vinculantes a todos os órgãos do Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Da mesma forma, se considerar improcedente a ação, julgará a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com os mesmos efeitos.

[...]

Declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal em ação declaratória de constitucionalidade, não há a possibilidade de nova análise contestatória da matéria, sob a alegação da existência de novos argumentos que ensejariam uma nova interpretação no sentido de sua inconstitucionalidade. Ressalte-se que o motivo impeditivo dessa nova análise decorre do fato de o Supremo Tribunal Federal, como já visto anteriormente, quando analisa concentradamente a constitucionalidade das leis e atos normativos, não estar vinculado a *causa* de pedir, tendo, pois, cognição plena da matéria, examinando e esgotando todos os seus aspectos constitucionais.¹³⁸

De acordo com o que foi visto, a ação declaratória de constitucionalidade tem como fundamento principal transferir ao Supremo Tribunal Federal a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que está sendo atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando, assim, o controle difuso da constitucionalidade, contribuindo de forma considerável para garantir a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1.4.5 Arguição de descumprimento de preceito constitucional

A arguição de descumprimento de preceito constitucional encontra previsão legal no artigo 102, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil,

¹³⁷ BRASIL. *Lei Nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

¹³⁸ MORAES, op. cit., p. 777.

a qual determina que a mesma será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.¹³⁹

Diante da previsão constitucional, foi editada a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a qual complementou o artigo 102, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, e, regulamentou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito constitucional.¹⁴⁰

Assim, já vimos que a competência para processar e julgar a presente ação é do Supremo Tribunal Federal, sendo que os legitimados para a sua propositura, são os mesmos co-legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), ou seja, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, e, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.¹⁴¹

Com relação às hipóteses de cabimento, Alexandre de Moraes descreve:

[...] a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – *para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato de Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*; ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos. Igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será cabível contra Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que “não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental”, pois “os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição de verbetes.”¹⁴²

¹³⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

¹⁴⁰ BRASIL. *Lei Nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 10 out 2010.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² MORAES, op. cit, p. 781.

É digno de nota, que a Lei nº 9.882/99 em seu artigo 4º, § 1º, veda expressamente o manuseio da arguição de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.¹⁴³

No que se refere à concessão de medida liminar, o Supremo Tribunal Federal só poderá deferir tal medida, por decisão da maioria absoluta de seus membros, salvo em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, no recesso, quando a liminar poderá ser deferida pelo Ministro relator, *ad referendum* do Plenário. O conteúdo da liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendem o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada.¹⁴⁴

Alexandre de Moraes sobre os efeitos da decisão narra:

[...] a decisão terá eficácia contra todos – *erga omnes* – e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses efeitos. Em relação à amplitude e efeitos temporais da decisão, a Lei nº 9.882/99 prevê, em seu art. 11, que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.¹⁴⁵

Registra-se, ainda, que caberá arguição de descumprimento de preceito fundamental, *preventivamente*, com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, ou, *repressivamente*, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva de qualquer dos poderes públicos.¹⁴⁶

Desta forma, a arguição de descumprimento de preceito constitucional se mostra, assim como as demais ações, de um instrumento de controle concentrado da constitucionalidade, visando acima de tudo, à supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴³ BRASIL. *Lei Nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 10 out 2010.

¹⁴⁴ MORAES, op. cit., p. 781.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 782.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 783.

3.2 Liminar e tutela antecipada

No presente tópico, abordaremos de uma forma sucinta os conceitos de liminar e tutela antecipada, visto que se trata de instrumentos utilizados largamente no cotidiano forense.

É importante registrar, que o presente tópico tem por escopo apenas conceituar tais instrumentos, visto que os mesmos possuem grande amplitude, sendo que o aprofundamento não se mostra plausível, para que não se perca o foco do presente trabalho.

3.2.1 Conceito de liminar

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a liminar sempre causou calorosas discussões nos bancos acadêmicos, visto que tal é muito confundida no cotidiano jurídico com a tutela antecipada.

Diante de tal situação, temos que entender que medida liminar é aquela concedida *in limine litis*, *i. e.*, no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito puramente topológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, o seu início. Fredie Souza Didier Junior afirma que "*liminar não é substantivo — não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (in limine).*"¹⁴⁷

Adroaldo Furtado Fabrício apresenta o significado de liminar, vejamos:

Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de

¹⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2917>>. Acesso em: 12 out. 2010.

conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.¹⁴⁸

O Código de Processo Civil estabelece no artigo 461, § 3º, os requisitos necessários para a concessão da medida liminar:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.¹⁴⁹

Márcio Kaminer de Lima, ao discorrer sobre o assunto, destaca que:

A liminar não é uma mera liberalidade, um ato de magnificência, outorgado por um sentimento munificente do Estado em relação a algum jurisdicionado (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, passim). Não: presentes os requisitos da relevância do fundamento e risco de ineficácia do provimento final a tutela liminar *deve* ser concedida pelo juiz, sem mais. Daí o jurista Cássio Scarpinella Bueno muito apropriadamente nominar os reportados requisitos da tutela de urgência, no quadrante do mandado de segurança, de "*elementos condutores da liminar*", porque, uma vez verificada, *in concreto*, a presença destes elementos, este reconhecimento *conduz*, leva, inexoravelmente, o magistrado à concessão da liminar (cf. *Liminar em Mandado de Segurança*. São Paulo, RT: 1999, p. 126).¹⁵⁰

Nesta senda, podemos perceber que a liminar é o provimento judicial concedido no início na demanda, antes mesmo da oitiva da parte contrária, desde que haja relevante fundamento e risco de ineficácia do provimento final, servido de garantia para a satisfação de direitos violados, os quais demandam análise minuciosa do caso.

3.2.2 Conceito de tutela antecipada

¹⁴⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord) Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

¹⁴⁹ BRASIL. *Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 out 2010.

¹⁵⁰ LIMA, Márcio Kammer de. A exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). *Avanço, não retrocesso! Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13498>>. Acesso em: 12 out. 2010.

A tutela antecipada foi introduzida no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 8.952/94, a qual alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.¹⁵¹

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam tutela antecipada como sendo a *"providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos"*.¹⁵²

Luiz Felipe Bruno Lobo registra que *"antecipar a tutela nada mais é do que dar a gozar dos efeitos do bem da vida perseguido, de modo precoce e provisório, antes mesmo de ter sido levada a efeito a tutela em sua plenitude, e antes da prestação imediata – sentença"*.¹⁵³

Os requisitos para a concessão da tutela antecipada encontram-se presentes no artigo 273 do Código de Processo Civil, o qual dispõe:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.¹⁵⁴

Desta forma, temos que para a antecipação dos efeitos da tutela, é necessário que o juiz verifique a existência de prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Necessário se mostra ainda, que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.¹⁵⁵

Humberto Theodoro Júnior elucida claramente que:

[...] há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um

¹⁵¹ BRASIL. Lei Nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em: 12 out 2010.

¹⁵² NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor: Atualizado até 22.02.2001*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.730.

¹⁵³ LOBO, Luiz Felipe Bruno. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela de Conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 24.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 out 2010.

¹⁵⁵ Ibid.

provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.¹⁵⁶

Ressalta-se que *"a tutela antecipada não significa solução definitiva da causa, nem pode criar fatos consumados. Ainda que dotada de eficácia imediata, não pode prescindir da sentença final, que poderá mantê-la ou revogá-la."*¹⁵⁷

Diante do que foi exposto, temos que a tutela antecipada tem como objetivo adiantar os efeitos do provimento final, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil, contudo em caráter provisório e revogável, a critério do juiz.

¹⁵⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19 ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.606.

¹⁵⁷ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 35.

4 A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009)

Neste capítulo trataremos sobre a nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009), destacaremos os artigos tidos como inconstitucionais pela ação direta de inconstitucionalidade nº 4296 - proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB -, abordarmos o ponto chave que são as liminares no mandado de segurança, e, vamos tecer comentários acerca da inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

4.1 A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009

A nova lei do mandado de segurança foi publicada no Diário Oficial da União, e, passou a entrar em vigor no dia 10 de agosto de 2009, a qual trouxe algumas inovações substanciais, as quais estão sendo alvo de calorosos debates jurídicos acerca da sua validade frente às normas elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Quando da Exposição de Motivos, os Senhores Gilmar Ferreira Mendes (Advogado-Geral da União) e José Gregori (Ministro da Justiça) ressaltaram que o projeto de lei, “além de complementar a legislação ordinária em matérias nas quais é omissa o projeto cuida de garantir maior eficiência ao instituto, conferindo poder coercitivo específico às decisões nele proferidas e organizando mais adequadamente os serviços judiciários de modo a permitir o julgamento rápido das ações mandamentais.” (Mensagem nº 824/2001. Do Presidente da República Federativa do Brasil aos Senhores Membros do Congresso Nacional em 7 de agosto de 2001 contendo o E.M.I. nº 00006 – AGU/MJ. Brasília. 16 de abril de 2001)

Cassio Scarpinela Bueno, em sua recente obra *A Nova Lei do Mandado de Segurança* escreve que:

A Lei n. 12.016/2009, a “nova lei do mandado de segurança”, nasce, em sua maior parte, velha. Para fazer uso do jargão, é lei *nova* só no nome ou, menos que isso, na forma como ela, por algum tempo, mais ainda agora,

será conhecida. Em sua maior parte, ela repete a Lei n. 1.533/1951 e diversas restrições e apequenamentos do mandado de segurança, que se encontram principalmente – mas não só, é importante nunca esquecer esta ressalva – na Lei n. 4.348/1964. São muito poucos os pontos positivos da Lei n. 12.016/2009 e nenhum deles, com sinceridade, dependia da edição de qualquer diploma legislativo.

A nova lei, como um todo, não dialoga com o “modelo constitucional” do mandado de segurança e nem com o “modelo constitucional do direito processual civil”. Tampouco com o Código de Processo Civil hoje vigente, pleno de novas técnicas para bem realizar aqueles *modelos*. É Lei que, diferentemente do que se lê de sua Exposição de Motivos e das (acríticas) notícias que, a seus respeito, vêm se avolumando – afinal, ela é *novidade* -, *restringe* o uso do mandado de segurança, na sua forma individual e na sua forma coletiva.¹⁵⁸

A nova lei é composta por vinte e nove artigos, os quais regulam a nova sistemática dos mandados de segurança individual e coletivo, revogando as Leis nos 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3o da Lei no 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1o da Lei no 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei no 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2o da Lei no 9.259, de 9 de janeiro de 1996.¹⁵⁹

O presente estudo tem por objetivo apenas análise do artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/2009, o qual faculta ao juiz exigir caução, fiança ou depósito na concessão de liminares, não servindo de base para comentários gerais sobre a nova lei.

Contudo, tendo em vista que a ideia inicial do presente trabalho surgiu com a ação direta de inconstitucionalidade nº 4296 que se encontra tramitando no Supremo Tribunal Federal, elencaremos no próximo tópico os dispositivos da lei que são alvo da ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

4.2 Dispositivos da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 taxados como inconstitucionais pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

¹⁵⁸ BUENO, op. cit., p. 1.

¹⁵⁹ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 11 out 2010.

Em 14 de setembro de 2009, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil – OAB protocolizou junto ao Supremo Tribunal Federal uma Ação Direita de Inconstitucionalidade com Pedido Cautelar, a qual foi autuada sob o nº ADI 4296, e, que até a conclusão deste trabalho, encontrava-se aguardando julgamento.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em sua petição inicial discrimina os dispositivos legais questionados, quais são: Artigo 1º, § 2º; artigo 7º, inciso III; artigo 7º, § 2º; artigo 22, § 2º; artigo 23 e artigo 25.

Na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, a qual incluiremos como anexo deste trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB afirma que o diploma legal editado, estabeleceu severas limitações para o uso de um instituto essencial para a proteção dos direitos individuais e coletivos, motivo pelo qual, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, propôs tal ação para impugnar alguns dispositivos da Lei nº 12.016/2009.

Desta forma, e, levando-se em consideração a ação direta de inconstitucionalidade que se encontra tramitando no Supremo Tribunal Federal, passaremos nos tópicos seguintes, a expor os motivos expostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e, também, mencionaremos os comentários de doutrinadores pátrios.

4.2.1 Artigo 1º, § 2º

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ao propor a ação direta de inconstitucionalidade com pedido cautelar, insurgiu-se com relação ao § 2º, do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, que dispõe:

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.¹⁶⁰

No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar sobre o mandado de segurança determina:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;¹⁶¹

Nesta alínea, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na petição inicial da ADI nº 4296 argumenta que:

[...] 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.

[...]

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.

[...]

Em verdade, descabe ao legislador estipular outras limitações que o dispositivo constitucional não consignou, posto que o inciso LXIX do art. 5º, da CF/88, apenas restringiu as hipóteses de cabimento quando a medida não for amparável por habeas corpus ou habeas data, falecendo competência ao legislador ao estampar hipótese limitação de via heróica.¹⁶²

Cassio Scarpinella Bueno ao tecer comentários sobre o referido texto legal leciona que:

O § 2º do art. 1º, por sua vez, consagra diretriz assente em doutrina e em jurisprudência no sentido de que não cabe mandado de segurança para questionar "...atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público" (os destaques são da transcrição).

Importa, contudo, discernir a *causa* da impetração, sendo equivocada a generalização do § 2º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009, mormente quando interpretado em conjunto com o § 1º do art. 1º do mesmo diploma legal. O

¹⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 11 out 2010.

¹⁶¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out 2010.

¹⁶² ADI nº 4296.

melhor entendimento, sempre com a atenção voltada ao “modelo constitucional do mandado de segurança” e, mais amplamente, à própria disciplina *constitucional* da Administração Pública, é o de que toda vez que empresas públicas, sociedades de economia mista e, mesmo, as concessionárias de serviço público praticarem atos regidos pelo direito público no exercício de seus misteres institucionais, seu contraste pode ser feito – desde que presentes as demais exigências, feitas desde a Constituição Federal – por mandado de segurança. Os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009 são, destarte, as duas fases de uma mesma moeda.

¹⁶³

Tiado Asfor Rocha Lima, afirma que:

Cumpra registrar que os atos praticados durante processo licitatório realizados pela sociedade de economia mista e empresas públicas, conquanto muitas vezes se refiram a atos de gestão (posto se tratar de contratação de serviços ou aquisição de mercadorias que não digam respeito diretamente à atividade delegado pelo poder público), ainda assim estarão suscetíveis de controle pelo mandado de segurança. Isto porque o procedimento licitatório é naturalmente composto por um conjunto de atos administrativos, de modo que em tais casos o responsável pela licitação passa a atuar como autoridade pública e fica obrigado a seguir os princípios e regras que a regem, as quais se tratam de norma de direito público. Daí a necessidade de interpretação da regra contida no § 2º, do art. 1º, *cum grano salis*, a fim de não se excluir da impetração os atos praticados no íterim do processo licitatório.

Isso implica dizer que se o ato for estritamente comercial (ato de gestão) e não estiver relacionado com procedimento licitatório não há motivo para impetração do *writ*.¹⁶⁴

Neste norte, temos que a insurgência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB baseia-se na norma constitucional que inseriu o mandado de segurança no ordenamento jurídico nacional, a qual prevê seu cabimento para proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data.

4.2.2 Artigo 7º, inciso III

O artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/2009, é a base dos estudos do presente trabalho, a qual faculta a exigência de caução, fiança ou depósito, para a concessão de liminar, sendo este, mais um artigo impugnado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB na ADI nº 4296.

Na petição inicial da ADI nº 4296, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aduziu que:

¹⁶³ BUENO, op. cit., p. 11.

¹⁶⁴ MAIA FILHO, op. cit., p. 56.

Não obstante certa discussão sobre tal exigência no âmbito da doutrina e da jurisprudência, o fato é que mais uma vez o legislador inovou onde a Carta da República nada dispôs, considerando, sobretudo, a natureza constitucional e mandamental dessa via protetiva.

Tal disposição é dotada de evidente inconstitucionalidade, posto que limita a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, sendo imperioso lembrar, aliás, que conceder liminares, uma vez satisfeitos os requisitos legais, é obrigação do magistrado, não mera faculdade sua!

[...]

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.

[...]

Não cabe ao legislador, portanto, inserir dispositivo que condicione a concessão liminar à prestação de caução, fiança ou depósito, sob pena de esvaziar o conteúdo mandamental e a natureza do mandado de segurança.

¹⁶⁵

No que tange as restrições à medida liminar, Cassio Scarpinella Bueno assevera que:

As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Indispensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional.

Aliás, nem mesmo por alteração constitucional isso seria possível, porque os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

O que se espera dos órgãos representativos da sociedade é que provoquem o Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103 da Constituição Federal e que seus Ministros tenham a sensibilidade de vez o que, com a devida vênia, não há como deixar de ser visto à luz dos precitados dispositivos constitucionais. No dia a dia do foro, é o caso de os magistrados, estaduais e federais, recusarem motivadamente a aplicação dessas regras no exercício do controle *incidental* de constitucionalidade. No plano dos Tribunais, a *inconstitucionalidade* do dispositivo merecerá a criação de um *leading case* nos moldes do art. 97 da Constituição Federal e que dispensará, para casos futuros, o necessário destaque da questão, como quer o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil.

Importa, o respeito do dispositivo em exame, enfatizar algo que parece não estar, sempre e necessariamente, claro: o magistrado concede liminar em mandado de segurança porque vê, diante de si, que o impetrante tem melhor direito que o Estado e que tem *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional imediata. Não há como, diante disso – mola propulsora da liminar em mandado de segurança –, vedar aprioristicamente o controle jurisdicional de uns tantos atos dizendo que a concessão de liminares pode ter alguma espécie de efeito deletério nas contas e no orçamento públicos. Tempo, em se tratando de mandado de segurança, é justiça; é a razão de ser do Estado-juiz em ampla consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ ADI nº 4296.

¹⁶⁶ BUENO, op. cit., p. 45.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas posiciona-se de forma contrária ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, expondo que:

[...] com o advento da Lei 12.016, esse dispositivo do seu art. 7º, III, foi taxado por alguns de inconstitucional, embora nenhum dos comentaristas da nova lei que tivemos acesso tenha expressado tal opinião até porque a contracautela não foi imposta como condicionante à liminar, e sim facultada ao prudente arbítrio do juiz, nos termos, aliás, da responsabilidade objetiva pela execução da medida, quer em sede cautelar (CPC, art. 811), quer em cumprimento provisório, *rectius*, antecipado (CPC, art. 475-O), como lembra em boa hora Luíz Otávio Sequeira de Cerqueira.

[...]

Com as vênias cabíveis aos ilustres membros do Conselho Federal da Ordem, não enxergamos inconstitucionalidade no caso. Entretanto, lamentamos que o legislador tenha se preocupado em explicitar essa possibilidade de caução, fiança ou depósito, se ela já era possível diante das normas processuais aplicáveis subsidiariamente, e se efetivamente pode induzir magistrados inseguros a instituir tal requisito para a liminar em situações que, silente a lei específica, sequer se lembrariam de estabelecer. Na jurisprudência sob o regime legal anterior, muitas vezes os juízes vislumbravam riscos para o ente público, mas ainda assim deferiam liminares sem caução, em face de circunstância como a patente ou intensa ilegalidade ou abusividade do ato, a natureza da prestação ou a insuficiência financeira do impetrante. Imaginamos que ela não venha a se alterar.

Vicente Greco Filho registra que:

A Lei prevê a possibilidade de o juiz, em qualquer caso, exigir do impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento da pessoa jurídica por eventual concessão de liminar que venha a ser cassada na sentença final e que tenha causado prejuízo. Não se pode dizer que a norma seja inconstitucional, mas se, no caso concreto, vier a obstar a garantia do instrumento constitucional de tutela de direitos não pode ser exigida, como, por exemplo, se o impetrante for pobre e não puder prestar a caução, fiança ou fazer depósito de qualquer quantia. Cabe ao juiz ponderar o mal maior, se a negativa da concessão da medida liminar ou o prejuízo da pessoa jurídica, devendo prevalecer a tutela de direitos, desde que o fundamento da impetração seja relevante.¹⁶⁷

Desta forma, levando em consideração os argumentos lançados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e pelos doutrinadores pátrios, temos que há nítidas controvérsias no que tange a suposta inconstitucionalidade do artigo em comento.

4.2.3 Artigo 7º, § 2º

A ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, também aponta o artigo 7º, § 2º da Lei nº

¹⁶⁷ GRECO FILHO, op. cit., p. 31.

12.016/2009, que veda a concessão de 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 extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, como inconstitucional.

No corpo da petição inicial, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB expõe:

Não obstante a existência da Súmula 212, do Eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ, que veda a possibilidade de concessão de liminar para fins de compensação de créditos tributários, é fato que mais uma vez o legislador amesquinhou o cabimento de mandado de segurança após a edição da Lei nº 12.016/2009.

[...]

A Lei nº 12.016/2009, então, cuidou de revigorar a odiosa e indesejável limitação do cabimento de liminar em mandado de segurança, esquecendo-se, porém, que descabe ao legislador introduzir restrições não abarcadas pela Carta Magna, haja vista trata-se de direito e garantia fundamental.

[...]

Daí a inconstitucionalidade do dispositivo ao impedir o deferimento de liminar nas hipóteses por ele contempladas, resultado, assim, que nenhuma lesão ou mera ameaça de lesão de direito individual ou não pode ser por lei infraconstitucional subtraída do conhecimento do Poder Judiciário, razão pela qual requer a suspensão de eficácia do dispositivo.¹⁶⁸

Marcelo Navarro Robeiro Dantas citando Francisco de Queiroz Bezerra

Cavalcanti descreve:

Francisco Cavalcanti, porém, oferece interessante explicação para a não-declaração de inconstitucionalidade das leis restritivas de liminares, sejam cautelares, sejam antecipatórias de tutela. Conquanto admita que o direito à tutela constitucional efetiva abranja o direito de liminares, é necessário, diante da nossa prática forense de excessivas tutelas de urgência, harmonizar valores como a plenitude da tutela jurisdicional com a preservação do interesse público, pois se tem constatado uma hipertrofia do valor efetividade em detrimento de outros que deveriam merecer o mesmo relevo. Considera ele, então, que restrições como as que o § 2º, ora sob exame contempla, resulta da sedimentação de diversas leis razoáveis e que buscam a harmonização entre as garantias do cidadão e o interesse público, não são inconstitucionais.¹⁶⁹

Por seu turno, Cassio Scarpinella Bueno assevera que às restrições impostas pelo § 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009, já eram expressas no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, considera todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo.¹⁷⁰

Diante do que foi exposto, é possível perceber que parte da doutrina pátria concorda com o argumento lançado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, no que tange a restrição da concessão de medidas

¹⁶⁸ ADI nº 4296.

¹⁶⁹ MAIA FILHO, op. cit., p. 141.

¹⁷⁰ BUENO, op. cit., p. 45.

liminares, no entanto, há posicionamentos contrários, que asseguram que não há inconstitucionalidade em tal preceito legal, visto que seria necessário preservar o interesse público, tendo em vista as excessivas tutelas de urgências utilizadas na prática forense.

4.2.4 Artigo 22, § 2º

A Lei nº 12.016/09, ao disciplinar o mandado de segurança coletivo, condicionou a concessão da medida liminar, somente após a oitiva da parte contrária conforme segue:

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.¹⁷¹

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na petição inicial da ADI nº 4296, asseverou que:

O que não se admite, no entanto, é a restrição ora imposta na expressão ‘só poderá’, porquanto retira do Julgador a possibilidade de resguardar as situações de pericimento de direito, em flagrante violação ao postulado da Separação dos Poderes, conforme art. 2º, da Carta Maior.

De idêntica forma, tal expressão reduz o acesso à jurisdição às situações onde o risco de lesão grave ou de difícil ou impossível reparação se mostra evidente, haja vista que a condicionante (‘só poderá’) impõe ao magistrado a oitiva, inexorável, da parte contrária, prejudicando e reduzindo a máxima efetividade conferida ao ‘mandamus’ pelo Constituinte, daí a inconstitucionalidade com o inciso XXXV do art. 5º, visto que tal vinculação amesquinha e minimiza a inafastabilidade da jurisdição, e a própria natureza do ‘mandamus’, conforme inciso LXIX.

A garantia constitucional do mandado de segurança coletivo, como exposto pela Constituição Federal no art. 5º, LXIX, não pode, em hipótese alguma, sofrer restrições ou limitações não impostas pelo próprio Constituinte, descabendo ao legislador ordinário reduzir a abrangência, o alcance e a máxima efetividade concedida ao instrumento heróico de proteção contra os abusos e ilegalidades eventualmente perpetrada pelos Poder Público.¹⁷²

Antonio Hermann Benjamin e Gregório Assagra de Almeida lecionam que:

Estamos diante de dispositivo que não é nem absoluto, nem fiel ao espírito da Constituição, se nele se pretender enxergar uma via inflexível e cega, de aplicação automática e universal. Assim, o juiz poderá – e, em alguns casos

¹⁷¹ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 11 out 2010.

¹⁷² ADI nº 4296.

excepcionais, deverá – afastar a norma, diante das circunstâncias e peculiaridades do caso e dos contornos da demanda, sobretudo quando verificar que a oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público puder gerar risco de dano irreparável ou de difícil reparação aos direitos massificados em geral. Nesses casos, a medida liminar será concedida *inaudita altera parte*. E, se for de rigor, qualquer que seja a hipótese, o juiz sempre poderá exercer concretamente o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, com base no art. 5º, XXXV, da CF/1988.¹⁷³

Para Cassio Scarpinella Bueno:

Restringir, apriorística e generalizadamente, as técnicas disponibilizadas pelo legislador para a tutela *jurisdicional* de “ameaças ou lesões” a direito é medida que agride, expressamente o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 17, *supra*). A única forma de evitar que o § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 não caia no mesmo vício é entendê-la como uma saudável diretriz que assegura, em cada caso concreto, o estabelecimento *prévio* dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que também têm expressa estatura constitucional.

A regra, com efeito, é que todos os interessados – e isto inclui, nem poderia ser diferente, o Poder Público – sejam ouvidos em juízo *previamente*. Nesse sentido, nada mais coerente que, considerando a amplitude *subjéctiva* que o mandado de segurança coletivo tem aptidão para atingir, o legislador tenha optado por estabelecer o contraditório prescrito no dispositivo em exame. O que não pode ocorrer, contudo, sob pena de agressão ao “modelo constitucional de direito processual civil”, é que a exigência legal acabe por inviabilizar a proteção *in natura* para a qual o mandado de segurança, inclusive na sua forma coletiva, é predestinado desde a Constituição Federal.

Tanto assim que é entendimento amplamente majoritário em sede de doutrina o de que o representante do Poder Público só deverá ser intimado a se pronunciar sobre o pedido liminar se essa providência não comprometer a salvaguarda do direito do impetrante, isto é, naqueles casos em que, rigorosamente, o *periculum in mora* (o perigo de ineficiência da medida) não é tão intenso. Em sendo, no entanto, o estabelecimento desse contraditório prévio deve ser necessária e sistematicamente afastado, dando lugar à grandeza constitucional do instituto. Postergar-se-á, destarte, a oitiva do representante judicial do Poder Público em prol da *efetividade* do processo, a despeito do comando *legal*.¹⁷⁴

Assim, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, se opôs ao comentado artigo, eis que a restrição retira do julgador a possibilidade de resguardar as situações de perecimento do direito, fato este também ventilado pela doutrina transcrita acima.

4.2.5 Artigo 23

O artigo 23 da Lei nº 12.016/09 determina que:

¹⁷³ MAIA FILHO, op. cit., p. 323.

¹⁷⁴ BUENO, op. cit., p. 140.

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.¹⁷⁵

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, resiste a tal prazo, sob o argumento de que:

[...] descabe à lei – quando a própria Constituição não o faz nem admite expressamente seja feitas – estabelecer restrições, inclusive quanto a prazo, para a impetração de mandado de segurança.

[...]

A violação ao art. 5º, incisos XXXV e LXIX, é, pois, latente, pois a legislação infraconstitucional está retirando do acesso a jurisdição atos ilegais ou abusivos quando praticados há mais de 120 (cento e vinte) dias, em hipótese que nem mesmo a Constituição Federal limitou a utilização do remédio heróico.

Forçoso é, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 23 da Lei nº 12.016/09, na medida em que impõe restrição incompatível com a máxima efetividade advinda do mandado de segurança, além de impor limitação não prevista nem mesmo pelo Constituinte originário.¹⁷⁶

De acordo com o entendimento empossado na ADI nº 4296, está Cassio Scarpinella Bueno, lecionando que:

Como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, *limitar* o exercício do mandado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua *inconstitucionalidade*. A previsão do mandado de segurança como direito e garantia individual e coletivo não aceita, máxime diante do que se extrai do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais.

O ideal seria que a nova Lei nada dissesse a respeito do assunto ou que esclarecesse que caberá o mandado de segurança enquanto houver necessidade de “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”¹⁷⁷.

Alexandre Freitas Câmara defende que:

[...] o prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança é perfeitamente compatível com a Constituição da República.

[...]

Tenho por mim que qualquer prazo seria compatível com a Constituição, ainda que mais exíguo, salvo se tornasse efetivamente inviável a utilização dessa via processual. Assim, não vejo nenhum problema em fixar-se este prazo, por exemplo, em quinze ou trinta dias, já que este lapso temporal seria suficiente para que a pessoa lesada buscasse ajuda de um advogado e postulasse tutela jurisdicional. A meu ver, porém, o prazo não é compatível com a Constituição por ser razoável. Esta afirmação leva, a meu sentir, à falsa ideia de que o mero fato de ser razoável é suficiente para justificar a conclusão, o que não me parece correto.¹⁷⁸

Como as demais oposições formuladas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, verifica-se a existência de posicionamentos

¹⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 11 out 2010.

¹⁷⁶ ADI nº 4296.

¹⁷⁷ BUENO, op. cit., p. 144.

¹⁷⁸ MAIA FILHO, op. cit., p. 337.

favoráveis e desfavoráveis, no entanto, é concedido que tal normal repetiu a regra do artigo 18 da Lei nº 1.533/1951, sendo que as discussões acerca de tal prazo, remontam há muito tempo.

4.2.6 Artigo 25

A ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, se opõe, por fim, com relação ao artigo 25 da Lei nº 12.016/09, o qual excluiu a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, em consonância com os entendimentos jurisprudenciais e já sumulados pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 512) e pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 105).¹⁷⁹

Na petição inicial da ADI nº 4296 consta:

[...] até então inexistia no ordenamento jurídico lei (em sentido formal e material) que excluísse da condenação do vencido os honorários advocatícios, cuja previsão no art. 20 do Código de Processo Civil, c/c artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), e fundamento constitucional no art. 133, da Carta Maior, sempre norteou a verba honorária sucumbencial nas lides forenses.

[...]

A previsão do art. 25 da Lei nº 12.016/09 é, portanto, no entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, inconstitucional, exatamente por ofender a literalidade do art. 133, da Carta Maior.¹⁸⁰

Em que pese à irresignação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Vicente Greco Filho utiliza-se apenas de um parágrafo em sua obra para dizer:

A Lei consagrou o que já era pacífico na jurisprudência, quer o descabimento dos embargos infringentes como a não incidência de honorários advocatícios. Pode, contudo, ser aplicadas as sanções decorrentes da litigância de má-fé à parte que incidir nos abusos previstos no Código de Processo Civil.¹⁸¹

Cássio Scarpinella Bueno acerca do tema descreve:

Depois de alguma hesitação inicial, sempre me pareceu que a vedação dos honorários advocatícios em mandado de segurança era a melhor solução para a espécie. Não por recusar aplicação subsidiária ao Código de Processo Civil mas porque, do ponto de vista de seu “modelo constitucional”, o entendimento acabava por incentivar que o particular,

¹⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 11 out 2010.

¹⁸⁰ ADI nº 4296.

¹⁸¹ GRECO FILHO, op. cit., p. 61.

diante de ilegalidade ou abusividade praticada pelo Poder Público ou por quem lhe faça as vezes, questione o ato perante o Estado-juiz, buscando, sem receio de sua responsabilização pela verba honorária da parte contrária, tutela jurisdicional.

O entendimento de que os honorários só seriam devidos ao impetrante, quando acolhido o seu pedido – que tornaria ainda mais claro o incentivo para o contraste, perante o Poder Judiciário, dos atos violadores dos direitos dos particulares -, defendido mais recentemente, em interessante artigo doutrinário subscrito por Gilberto Gomes Bruschi e por Denis Donoso, precisaria de expresse acolhimento legal. Não foi a opção da lei mais recente.

De qualquer sorte, a nova regra afina-se com a diretriz constitucional e, por isso mesmo, não tem razão para deixar de ser observada no dia a dia do foro.¹⁸²

Roberto Rosas registra que a exclusão da condenação em honorários advocatícios tem suscitado importantes opiniões, favoráveis e contras, declarando que:

A ação de mandado de segurança é de fonte constitucional, tão importante quanto o *habeas corpus*, que não servirá para cotejo, por sua índole processual penal. Mas o mandado de segurança tem a mesma gênese da ação popular. Num e noutra há interesses relevantes, não se podendo afastar os postulantes, com o risco da denegação.

Na ação popular (Lei 4.717, de 19.06.1965) expressamente será obedecido o previsto no Código de Processo Civil para o procedimento ordinário (art. 7º), e deferindo ao auto, que tiver a ação julgada procedente, a inclusão de honorários advocatícios (art. 12).¹⁸³

Neste norte, temos o dispositivo em comento apenas seguiu orientações jurisprudências e entendimentos sumulados por nossos tribunais pátrios, sendo que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB busca acima de tudo valorizar seus profissionais, e, remunerá-los pelo trabalho desenvolvido, tendo em vista que o advogado é indispensável à administração da justiça.

4.3 Da (in) constitucionalidade do artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009

A nova lei do mandado de segurança introduziu uma faculdade ao magistrado, ao permitir que o mesmo exija do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, conforme expressa disposição do artigo 7º, inciso III, senão vejamos:

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

¹⁸² BUENO, op. cit., p. 149.

¹⁸³ MAIA FILHO, op. cit., p. 362.

[...]

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.¹⁸⁴

O artigo em comento, que é a base deste trabalho, vem causando uma série de discussões acerca de sua constitucionalidade, visto que alguns autores entendem que tal preceito agride o “modelo constitucional do mandado de segurança”, enquanto outros, não enxergam tal inconstitucionalidade visto que tal exigência não se trata de uma imposição, mas sim, uma faculdade do juiz.

Manifestando-se de forma contrária a exigência de caução, fiança ou depósito para concessão de medidas liminares, temos Cassio Scarpinella Bueno o qual é enfático em defender que:

As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Indispensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional.

Aliás, nem mesmo por alteração constitucional isso seria possível, porque os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

O que se espera dos órgãos representativos da sociedade é que provoquem o Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103 da Constituição Federal e que seus Ministros tenham a sensibilidade de vez o que, com a devida vênia, não há como deixar de ser visto à luz dos precitados dispositivos constitucionais. No dia a dia do foro, é o caso de os magistrados, estaduais e federais, recusarem motivadamente a aplicação dessas regras no exercício do controle *incidental* de constitucionalidade. No plano dos Tribunais, a *inconstitucionalidade* do dispositivo merecerá a criação de um *leading case* nos moldes do art. 97 da Constituição Federal e que dispensará, para casos futuros, o necessário destaque da questão, como quer o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil.

Importa, o respeito do dispositivo em exame, enfatizar algo que parece não estar, sempre e necessariamente, claro: o magistrado concede liminar em mandado de segurança porque vê, diante de si, que o impetrante tem melhor direito que o Estado e que tem *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional imediata. Não há como, diante disso – mola propulsora da liminar em mandado de segurança -, vedar aprioristicamente o controle jurisdicional de uns tantos atos dizendo que a concessão de liminares pode ter alguma espécie de efeito deletério nas contas e no orçamento públicos. Tempo, em se tratando de mandado de segurança, é justiça; é a razão de ser do Estado-juiz em ampla consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”.¹⁸⁵

Na mesma linha de raciocínio firmada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e de Cássio Scarpinella Bueno, vislumbramos uma

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ BUENO, op. cit., p. 45.

série de profissionais do direito, os quais se utilizam do argumento de que somente as pessoas que tiverem condições financeiras serão beneficiárias de liminar no mandado de segurança.

Antonio Ricardo Moreira, em artigo publicado na internet, manifesta-se da seguinte forma:

Flagrante é a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, verdadeira aberração, pelos motivos a seguir elencados:

A uma, porque inova em matéria que a Constituição Federal nada fala, fica silente. Isto quer dizer que o legislador ordinário está criando uma barreira que, se o constituinte originário quisesse, teria dito expressamente no texto original. Pelo contrario, a Constituição Federal, como tábua dos direitos e garantias fundamentais, apenas diz que "Art. 5º - LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Aliás, é de sabença comum, inclusive nos repertórios jurisprudenciais (RMS 3042-8RJ; Resp 47818/SP), abalizado pela ampla doutrina, que, se atendidos os requisitos ensejadores da liminar, o juiz deverá conceder a mesma.

A duas, porque esta regra irá criar um verdadeiro apartheid social. Só quem tem condições financeiras para oferecer caução, fiança ou depósito, conseguirá uma liminar em sede de mandado de segurança. Alguém poderia dizer: - mas não só de liminar vive o mandado de segurança. Mas certamente quase a totalidade dos mandados de segurança tem pedido de liminar, tendo em vista que a demora no provimento jurisdicional acarreta, quase sempre, na ineficácia da segurança concedida tardiamente. A inconstitucionalidade é patente, pois restringe a possibilidade de conseguir o provimento jurisdicional de urgência somente aos ricos. Os pobres e desvalidos não poderão mais se defender contra os atos arbitrários e despóticos da Administração Pública, pois não possuem condições financeiras de prestar caução, fiança ou depósito.

Ora, isso faz ressurgir uma verdadeira segregação social em nosso país, ou seja, só poderá se defender da máquina pública quem tem dinheiro. Os pobres terão que amargar seus infortúnios sem poder, sequer, bater nas portas do judiciário. Mais uma vez, infelizmente, presenciamos as leis criadas por ricos, beneficiando só os ricos, e segregando os miseráveis.¹⁸⁶

No mesmo sentido, posiciona-se Adriano Custódio Bezerra:

Mais uma vez, o legislador inovou onde a Constituição nada dispôs, ou seja, a Carta Magna não condicionou a proteção do direito líquido e certo à caução, fiança ou depósito, assim, tal disposição é totalmente inconstitucional.

Isso para dizer o menos, porque esse dispositivo limita a concessão da liminar somente àqueles que tem maiores condições econômica, pois boa parte das pessoas não tem condições de oferecer qualquer garantia, infringindo a isonomia constitucional e ainda esse dispositivo afasta do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de direito, afrontando o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, pois presente a relevância do fundamento e o risco de prejuízo irreparável o Juiz é obrigado a conceder à liminar.

Do contrário, o mandado de segurança perderia toda sua efetividade, posto que a liminar é inerente a esse remédio constitucional, isto é, sem a liminar não teria sentido essa ação constitucional e ainda causaria maiores

¹⁸⁶ MOREIRA, Antonio Ricardo. O novo "apartheid" criado com a lei do mandado de segurança. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2432, 27 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14413>>. Acesso em: 16 out. 2010.

prejuízos ao impetrante se tivesse que esperar a decisão final do mandado de segurança.

Descabendo ao legislador infraconstitucional limitar o exercício dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo do mandado de segurança, e, sobretudo a isonomia constitucional, a separação dos poderes e o acesso à jurisdição, portanto, a inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 7º, da Lei 12.016/2009 é latente, em relação aos artigos 2º e 5º caput, incisos XXXV e LXIX, da Constituição Federal.¹⁸⁷

Contrariando os entendimentos até aqui expostos, temos Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, o qual assevera que não visualiza nenhuma inconstitucionalidade no artigo em estudo, vejamos:

[...] com o advento da Lei 12.016, esse dispositivo do seu art. 7º, III, foi taxado por alguns de inconstitucional, embora nenhum dos comentaristas da nova lei que tivemos acesso tenha expressado tal opinião até porque a contracautela não foi imposta como condicionante à liminar, e sim facultada ao prudente arbítrio do juiz, nos termos, aliás, da responsabilidade objetiva pela execução da medida, quer em sede cautelar (CPC, art. 811), quer em cumprimento provisório, *rectius*, antecipado (CPC, art. 475-O), como lembra em boa hora Luíz Otávio Sequeira de Cerqueira.

[...]

Com as vênias cabíveis aos ilustres membros do Conselho Federal da Ordem, não enxergamos inconstitucionalidade no caso. Entretanto, lamentamos que o legislador tenha se preocupado em explicitar essa possibilidade de caução, fiança ou depósito, se ela já era possível diante das normas processuais aplicáveis subsidiariamente, e se efetivamente pode induzir magistrados inseguros a instituir tal requisito para a liminar em situações que, silente a lei específica, sequer se lembrariam de estabelecer. Na jurisprudência sob o regime legal anterior, muitas vezes os juízes vislumbravam riscos para o ente público, mas ainda assim deferiam liminares sem caução, em face de circunstância como a patente ou intensa ilegalidade ou abusividade do ato, a natureza da prestação ou a insuficiência financeira do impetrante. Imaginamos que ela não venha a se alterar.

Da mesma forma, posiciona-se Vicente Greco Filho ao argumentar que:

A Lei prevê a possibilidade de o juiz, em qualquer caso, exigir do impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento da pessoa jurídica por eventual concessão de liminar que venha a ser cassada na sentença final e que tenha causado prejuízo. Não se pode dizer que a norma seja inconstitucional, mas se, no caso concreto, vier a obstar a garantia do instrumento constitucional de tutela de direitos não pode ser exigida, como, por exemplo, se o impetrante for pobre e não puder prestar a caução, fiança ou fazer depósito de qualquer quantia. Cabe ao juiz ponderar o mal maior, se a negativa da concessão da medida liminar ou o prejuízo da pessoa jurídica, devendo prevalecer a tutela de direitos, desde que o fundamento da impetração seja relevante.¹⁸⁸

Mariana Barbosa Cirne, em artigo jurídico concorda com a exigência de caução, afirmando que a medida não restringe o direito de ação dos cidadãos:

Por todos os argumentos trazidos sobre a exigência da caução, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, entendemos que é correta a exigência de caução, pois não restringe o direito de ação dos cidadãos. Continua

¹⁸⁷ BEZERRA, Adriano Custódio. Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2339, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13916>>. Acesso em: 16 out. 2010.

¹⁸⁸ GRECO FILHO, op. cit., p. 31.

existindo a possibilidade de acesso ao judiciário e a impetração de mandado de segurança não é obstada. Em verdade, adotar tal restrição consagra a possibilidade de se garantir o interesse público, que se sobrepõe sobre o privado, na hipótese de se causar danos ao erário. Não se pode perder de vista que a exigência só é exigível caso verificado o perigo, pelo juiz no caso concreto.

O acesso à justiça consagra a abertura do judiciário, para a população, mas, não pode dar azo à lesão ao patrimônio público e, por conseguinte, à própria sociedade. Registre-se que não se trata de uma imposição, mas sim de uma faculdade conferida ao juiz, para analisar de acordo com o caso concreto a necessidade de prestar caução para a concessão de liminar.¹⁸⁹

O Juiz Márcio Kammer de Lima também posiciona-se a favor da nova introdução realizada pela Lei nº 12.016/09, asseverando que:

Agora sobrevém a nova Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/09) e por seu art. 7º, III, pontifica a possibilidade de o magistrado, ao determinar a suspensão liminar do ato que deu motivo ao pedido de segurança, "exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica".

Essa disposição experimenta as mais ácidas críticas.

Sua Excelência, o presidente nacional da OAB, Dr. César Britto, segundo o que noticiou a imprensa, estuda contrastar a reportada disposição por manejo de ação direta de inconstitucionalidade, entendendo que a norma em comento estatui verdadeiro "apartheid no Judiciário", pois somente aos mais ricos, aos que podem dar patrimônio em garantia, é que se abrirá a possibilidade de acesso à tutela liminar (cf. <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticias>, acesso em 10.09.09, às 11:30h).

Com o devido respeito, esse ponto de vista não parece ser o mais ajustado. Parte da equivocada premissa de que os magistrados lançarão mão do uso indiscriminado da exigência da contracautela, quando não vai nesse sentido a melhor interpretação do reportado enunciado legal.

Os "elementos condutores" à tutela liminar continuam rigorosamente os mesmos: relevância da fundamentação e risco de ineficácia do provimento final. Verificados in concreto, impõe-se o deferimento da liminar, inexorável e incondicionalmente.

E ao contrário do que pareceu aos mais apressados críticos, o permissivo da exigência de caução não se faz para o embaraço do acesso à tutela liminar, quando presentes os elementos a ela condutores, senão abre espaço para a construção de uma interpretação em ordem a imbricar, no quadrante da tutela de urgência no mandado de segurança, aquela mesma fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar muito sadiamente introduzida no âmbito do procedimento comum (CPC, art. 273, par. 7º

Dito de outro modo, o permissivo da exigência da caução sobre não embaraçar a concessão da tutela liminar, quando atendidos aos "requisitos condutores", permitirá o deferimento da tutela de urgência, à guisa de tutela cautelar, em casos em que, à luz do regime anterior, a tutela liminar seria simplesmente indeferida por carência dos requisitos legais necessários à sua concessão.

É bem exemplário do que foi dito os casos, tão comuns em Varas da Fazenda Pública, de mandados de seguranças voltados a contrabater a exigência, oriunda da autoridade estadual de trânsito, do pagamento das multas por infração à legislação de trânsito vinculadas ao veículo, quando da concessão do licenciamento anual.

Ora, a exigência do pagamento das multas como requisito de concessão do licenciamento encontra explícita contemplação legal (CTB, art. 131, par. 2º).

¹⁸⁹ CIRNE, Mariana Barbosa. A nova lei do mandado de segurança e a caução. Limitação constitucional?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2330, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13867>>. Acesso em: 14 out. 2010

Mas é evidente que somente as multas legalmente impostas é que podem embaraçar o licenciamento e nessa condição não se alojam as aplicadas sem o devido processo legal, quando, por exemplo, o órgão responsável pela autuação e imposição da penalidade não cuida de oportunamente notificar o infrator (cf. Súmula 312 do STJ).

Nada obstante, em casos tais, normalmente não dispõe o proprietário de meios para demonstrar *prima facie* que não fora adequadamente notificado; a prova é negativa, de tal arte que se devolve à autoridade impetrada o ônus de demonstrar, por provas, a regularidade formal da imposição das multas reclamadas como requisito para a concessão do licenciamento.

Ocorre que o mesmo contraditório que se almejava preservar ao administrado cumpria ser garantido à Administração, pois esta poderia muito bem, apresentada pela autoridade de trânsito impetrada ao tempo das informações, referir-se às notificações oportunamente endereçadas e recepcionadas pelo infrator.

Por isso nesses casos, sem embargo do respeito denotado a eventual opinião divergente, o melhor entendimento convergia para a inadmissibilidade da concessão da tutela liminar, porquanto se demonstrada a regularidade da imposição das penalidades nas informações, o ato contrastado no mandado de segurança revestia-se de nítida legitimidade. Por carência do requisito da "prova inequívoca dos fatos" (e que no mandado de segurança está imbricado na noção do direito "liquido e certo") ao tempo da admissão da petição inicial, não se faziam presentes os "elementos condutores" à tutela liminar.

Mas agora, com a novel disposição, descortina-se uma nova possibilidade: perfeitamente lícito ao magistrado conceder a liminar, não fincado na presença dos "elementos condutores", mas à guisa de tutela cautelar, mediante a prestação de idônea caução.

Bem se vê, portanto, que o dispositivo legal em comento, longe de amesquinhar o acesso à tutela de urgência nos mandados de segurança, como impropriamente pareceu a alguns, dilata-o ainda mais, pois despreza a possibilidade da salvaguarda cautelar de direitos que no regime anterior somente em sentença conquistariam tutela, ao menos no âmbito da via mandamental.¹⁹⁰

Analisando os diversos posicionamentos transcritos acima, é possível perceber que o tema estudado vem causando calorosas discussões sobre a inconstitucionalidade da exigência de caução, fiança ou depósito para a concessão de medidas liminares no mandado de segurança, inovação introduzida com o advento da Lei. 12.016/2009.

Percebe-se que os estudiosos que se manifestam pela inconstitucionalidade da norma, baseiam seus argumentos no fato de que tal medida minimiza o postulado constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), aliado ao fato de que o legislador não detém competência para inserção de dispositivo que condicione a concessão de liminar à prestação de caução, fiança ou depósito, da mesma forma que restringe a concessão de liminares apenas as pessoas que detenham uma condição financeira favorável.

¹⁹⁰ LIMA, Márcio Kammer de. A exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13498>>. Acesso em: 16 out. 2010.

Já, os profissionais que se manifestam favoráveis pela exigência de caução, fiança ou depósito, para concessão de medida liminar em mandado de segurança, afirmam que a contracautela não foi imposta como condicionante à liminar, e sim faculdade ao prudente arbítrio do juiz, não havendo nenhuma restrição ao direito de ação dos cidadãos.

Em consonância com os estudos realizados, temos que a norma prevista no artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/09 não é inconstitucional como assegurado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB na ADI nº 4296, uma vez que a norma legal é expressa no sentido de que é *“facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito”*.

Apenas pela leitura e análise do inciso III, do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, é possível perceber que tal exigência não é uma imposição que deve ser adotada em todas as medidas liminares concedidas em mandado de segurança, mas sim, uma faculdade conferida ao juiz.

Aliás, sabemos que vigora no sistema jurídico brasileiro, com base no artigo 131 do Código de Processo Civil, o princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o juiz possui liberdade para solucionar a lide da forma que entender mais adequada, levando em consideração o seu convencimento, dentro dos limites impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil, bem como respeitando as normas elencadas por esta, principalmente a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

Com base em tal premissa que assegura o livre convencimento motivado, é evidente que o juiz ao fazer análise dos requisitos para concessão de uma liminar em mandado de segurança, também, visualizará a necessidade ou não de exigir do impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito, sendo que em ambos os casos irá expor os motivos de seu convencimento.

É necessário registrar, até mesmo porque existem contradições quando da análise do inciso III, do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, eis que tal preceito não é uma regra que deve ser adotada em todos os casos, mas, sim, uma faculdade concedida ao juiz, o qual detém competência para o julgamento da questão de acordo com o convencimento formado da análise detalhada da questão.

Assim, a faculdade concedida ao juiz para exigir do impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito para a concessão de liminar, não é inconstitucional como sustentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil – OAB, eis que não é uma exigência imposta pela lei, mas sim uma faculdade conferida ao juiz, o qual possui competência para análise e aplicação do preceito introduzido pela nova lei do mandado de segurança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, trouxe ao ordenamento jurídico nacional inovações ao mandado de segurança, as quais até então consubstanciavam entendimentos jurisprudenciais e súmulas dos Tribunais Superiores. Todavia, sua introdução ocasionou uma série de discussões acerca da inconstitucionalidade de alguns artigos, já que aparentemente é violadora de normas constitucionais e princípios básicos existentes.

Conforme referido, o objetivo primordial deste trabalho foi trazer à lume noções sobre o mandado de segurança, controle de constitucionalidade e liminares, analisando especificadamente a suposta inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/09, com base em entendimentos firmados por doutrinadores de renome, e, também, de operadores do direito.

Parte da doutrina concorda com a tese entabulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB na Ação Direta de Inconstitucionalidade que se encontra tramitando no Supremo Tribunal de Justiça sob o nº ADI 4296, consubstanciada no fato de que a exigência de caução, fiança ou depósito para concessão de medidas liminares no mandado de segurança viola preceitos básicos e constitucionais de acesso à justiça.

Em outro vértice, uma parcela da comunidade jurídica não vislumbra que tal artigo seja inconstitucional, uma vez que o texto legal é claro em determinar que a exigência de caução, fiança ou depósito, para concessão de medida liminar no mandado de segurança, trata-se apenas de uma faculdade do juiz, o qual é competente para melhor decidir a questão, levando em consideração, principalmente, o princípio do livre convencimento motivado.

A nova lei do mandado de segurança não traz consigo grandes inovações, já que introduziu uma série de entendimentos jurisprudenciais e súmulas que já vinham sendo aplicadas pelos juízes de todo país.

No caso em apreço, é importante termos a noção de que a faculdade concedida ao juiz para exigir do impetrante do mandado de segurança, prestação de caução, fiança ou depósito para concessão de medida liminar, não é regra a ser adotada rigidamente pelos juízes, eis que se trata, frisamos, de mera faculdade.

Cumprе destacar que o juiz é a pessoa competente para a análise da demanda, o qual irá analisar o caso de forma imparcial, e, fundamentará sua decisão de acordo com as provas existentes nos autos, motivando as razões de seu convencimento.

Diante de tal situação, é que defendemos o fato de que a exigência de caução, depósito ou fiança para concessão de liminar no mandado de segurança, não é uma condição para o deferimento da mesma, mas sim uma faculdade, sendo que competirá ao juiz da causa analisar a necessidade ou não de sua exigência.

Com a elaboração deste trabalho constatamos que não há a preponderância de um entendimento doutrinário sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 7º, inciso III da Lei 12.016/09, permanecendo a doutrina dividida, sendo que competirá ao Supremo Tribunal Federal pacificar a questão, quando efetuar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4206.

Concluindo, mister advertir que o tema discutido é de grande valia e que trás consigo uma série de dúvidas. Estas, porém, só poderão ser solucionadas à medida que o ordenamento jurídico e o próprio instituto evoluam. Assim, tenho convicção de que o tema ora analisado ainda será objeto de novas pesquisas por muito tempo, servindo de base para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, é dever de todos os profissionais do direito a constante realização de pesquisas e o exame crítico da situação em análise, pois é sabido que o direito é ciência em constante evolução, posto ser imperioso a este acompanhar as modificações do meio social que visa a tutelar.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*. Editora Método, 2009.

BEZERRA, Adriano Custódio. Inconstitucionalidades da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2339, 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13916>>. Acesso em: 16 out. 2010.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

_____. *Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 07 abril 2010.

_____. *Lei Nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em: 12 out 2010.

_____. *Lei Nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 09 out 2010.

_____. *Lei Nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 10 out 2010.

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

CIRNE, Mariana Barbosa. A nova lei do mandado de segurança e a caução. Limitação constitucional?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2330, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13867>>. Acesso em: 14 out. 2010

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica. Uma tentativa de reenquadramento dogmático em face das últimas reformas processuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2917>>. Acesso em: 12 out. 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*. Em: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord) Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: (comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Ary Florêncio *apud* MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, Márcio Kammer de. A exigência de caução na tutela liminar no regime da nova Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09). Avanço, não retrocesso!. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2266, 14 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13498>>. Acesso em: 12 out. 2010.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *A Antecipação dos Efeitos da Tutela de Conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 23. ed. (atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Antonio Ricardo. O novo "apartheid" criado com a lei do mandado de segurança. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2432, 27 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14413>>. Acesso em: 16 out. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 45 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor: Atualizado até 22.02.2001*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, José de Castro *apud* FACCI, Lucio Picanço. Evolução histórica do mandado de segurança. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3461>>. Acesso em: 07 abril 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 19 ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.