

# ASPECTOS RELEVANTES DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS NA LEI 12.016 DE 2009

*Cristina Passos Daleprane\**

## RESUMO

O presente artigo analisa os principais aspectos do mandado de segurança, instrumento de tutela dos direitos e garantias individuais e coletivas, inseparável do Estado Democrático de Direito. O remédio heroico é uma garantia inserida no texto da Constituição da República para conduzir à legalidade os atos de autoridades públicas. A fim de melhor situar a problemática, em primeiro lugar fará um breve histórico do instituto genuinamente brasileiro. Posteriormente, dissertará acerca dos pressupostos para sua concessão, legitimidade e procedimento. Por fim, tecerá algumas considerações sobre aspectos criticáveis da lei 12.016/2009 e concluir-se-á ser o mandado de segurança instrumento inseparável do Estado de Direito, razão pela qual se deve interpretar a nova lei de modo a sanar suas falhas e efetivar os desígnios constitucionais.

**Palavras-chave:** Mandado de segurança. Tutela de direitos. Pressupostos. Legitimidade ativa e passiva. Procedimento. Lei nova. Críticas.

---

\* Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho; Advogada; Bolsista da Capes.

## ABSTRACT

This article reports the main aspects of the injunction as instrument of protection of rights and guarantees individual and collective, inseparable from democratic state. The heroic remedy is guaranteed within the text of the Constitution to conduct the legal acts of public authorities. In order to support this claim, at first this study highlights the history of the institute genuinely Brazilian. Next, this article describes about the assumptions for granted, legitimacy and procedure. Finally, reports about questionable aspects of the law 12.016/2009, the recently published normative status to regulate the *mandamus*.

**Key-words:** Injunction. Ative and passive legitimacy. Jurisprudence. Essential function to Justice.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O mandado de segurança, inserido expressamente na Constituição Federal, representa um direito fundamental com escopo de proteger o direito líquido e certo lesado ou ameaçado por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, desde que pública, por ilegalidade ou abuso de poder, por meio de procedimento especial e célere, assegurado aos indivíduos pelos Estados democráticos.

Por conseguinte, tendo em vista a importância do instituto como meio de tutela de direitos individuais e coletivos, operou-se o advento da nova lei, 12.016/2009, com o objetivo de incorporar avanços e consolidar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários. Contudo, criou-se dispositivos que se distanciam do regramento constitucional sobre o mandado de segurança, como a exigência de caução para o deferimento de liminar; a necessidade de desistência do mandado de segurança individual para o impetrante beneficiar-se do mandado de segurança coletivo, entre outros, o que impõe o exame cuidadoso do novo diploma legal por parte do intérprete.

Assim, o presente artigo dissertará sobre aspectos relevantes da ação autônoma como meio de tutelar direitos e garantias individuais, destacando alguns pontos criticáveis da nova lei, com o intuito de assegurar

o manejo do remédio heroico toda vez que preenchidos os seus pressupostos, em consonância às disposições constitucionais. Afinal, não se devem reduzir as hipóteses de cabimento do *writ*, instrumento essencial para conter atos que possam lesionar direitos, mas sim, ampliá-las quando presentes os pressupostos que dão ensejo à concessão de segurança.

## BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO INSTITUTO

O Mandado de segurança é uma criação genuinamente brasileira para proteção judicial de direitos individuais e coletivos. Antes de 1934 não havia a previsão para o instituto. Entendia-se que o *habeas corpus* poderia ser utilizado para o controle de qualquer situação em que o Estado praticasse um ato ilegal.

Pontes de Miranda assevera que o Mandado de segurança, remédio jurídico processual, à semelhança do *habeas corpus*, era estranho à história do direito português, já que alguns autores ligavam sua nomenclatura às ordenações Filipinas, que facultavam a quem temesse ofensa à sua pessoa ou posse requeressem segurança ao juiz.<sup>1</sup>

Com a reforma constitucional de 1926, houve a necessidade de serem amparadas situações não protegidas pelo *Habeas corpus*. Assim, o remédio processual nasce com a constituição de 1934<sup>2</sup>. Na época, não se utilizava a expressão direito líquido e certo, mas sim, certo e incontestado<sup>3</sup>. Tal expressão perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988. O primeiro diploma legislativo específico foi a lei 191 de 16.01.1936, posteriormente regulado pelo Código de Processo Civil de 1939 e pela lei 1533/1951.

Com a outorga da Constituição de 1937 por Getúlio Vargas, houve a supressão do texto constitucional o mandado de segurança. Apesar disso, ele continuou existindo por haver previsão no Código de processo civil de 1939.

Em 1946 houve o respiro democrático, com o advento de uma nova constituição que previa o mandado de segurança<sup>4</sup>. Essa constituição assegurava a utilização do mandado de segurança preventivo, no caso de haver receio de violação a direito líquido e certo, e ainda, autorizava seu uso contra ato de qualquer autoridade, administrativa,

legislativa ou judiciária, e até mesmo pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que exercessem atribuições do poder público. Nesse período, surgiram as leis 15.333/51, 4.166/62, 4.348/64 e 5.021/66, que foram expressamente revogadas e incorporadas ao texto da nova lei do mandado de segurança.

A constituição de 1967 manteve o instituto por exclusão das hipóteses de cabimento do hábeas corpus. Já a constituição vigente trouxe duas novidades: o artigo 5º, LXIX substituiu a expressão direito certo e incontestado por direito líquido e certo. A segunda novidade é que foi criado outro instituto: artigo 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo.

Por dicção do artigo 5º LXIX da Constituição federal de 1988, caberá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por hábeas corpus ou hábeas data. Assim, aumentou a hipótese de exclusão do instituto, para os casos de não cabimento do hábeas corpus e hábeas data.

Diante do breve esboço histórico, constata-se que várias leis esparsas tratavam do instituto em comento. Em vista disso, havia a necessidade de reunir todas as disposições referentes ao mandado de segurança em uma lei que disciplinasse eficientemente o instituto, de forma clara, objetiva e atinente às suas finalidades, tal qual, assegurar a proteção de direitos individuais lesados ou ameaçados de sofrerem lesão por ato de autoridade.

Assim, houve a edição da lei 12.016/2009, cuja criação partiu de ato da Advocacia Geral da União no ano de 1996. Ao analisar o novo diploma, constatam-se alguns propósitos básicos como: consolidar a disciplina do Mandado de Segurança em um único diploma (Vide artigo 29 da nova lei); compatibilizar o tratamento do tema com a constituição Federal de 1988 e com a jurisprudência construída desde 1951, especialmente súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal. Por exemplo: a súmula 512 do STF, que agora é o artigo 25 da nova lei; disciplinar o MS originário (2ª instância) e o mandado de segurança coletivo.

A finalidade da nova lei foi modernizar e simplificar o mandado de segurança, concedendo-lhe agilidade no procedimento, para que a segurança, diante da hipótese de cabimento, possa ser concedida com

rapidez e realmente seja um remédio eficaz contra atos de abuso de poder ou de autoridade. Arnold Wald relata que simplicidade, eficiência, velocidade no uso de novas tecnologias no procedimento e julgamento são diretrizes que a comissão almejou conceder à nova legislação.<sup>5</sup>

## **PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA SEGURANÇA**

O mandado de segurança é o instrumento diferenciado e reforçado de eficácia potenciada que ativa a tutela das garantias constitucionais. É uma ação civil<sup>6</sup>, rito sumário e eficácia plena, um meio de defesa dos direitos individuais e coletivos por meio do qual se pleiteia ao juiz que proíba ou ordene a prática de determinado ato<sup>7</sup>.

É um remédio constitucional posto à disposição dos titulares de direito líquido e certo, lesados ou ameaçados de lesão, por ato ou omissão de agente ou pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público<sup>8</sup>.

O mandado de segurança tutela tanto os interesses individuais como coletivos. É uma ação que figura como condição para que o Estado de direito funcione, inseparável do Estado de Direito. É uma garantia constitucional individual ou coletiva visando a tutelar os direitos fundamentais relativos às liberdades públicas por dicção do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, associado ao direito de resistência do cidadão contra atos ilegais e abusivos praticados pelo poder público.<sup>9</sup>

Logo, é um meio posto a disposição tanto de pessoas físicas, jurídicas, órgãos com capacidade processual, ou universalidade de direito para a proteção do direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparados por habeas corpus ou habeas data, lesados ou ameaçados de lesão, por ato de autoridade ou de quem lhe faça as vezes.<sup>10</sup>

O prazo para a impetração do writ é de 120(cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

## **DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

Adota-se, no Brasil, a teoria da substanciação. Quando entro com uma ação narro uma situação de fato. Sem prejuízo dessa situação,

apresenta-se um suporte de fato e de direito. Para a impetração do mandado de segurança também precisa haver esses dois suportes. Contudo, quanto ao suporte de fato deve haver situação incontroversa: não pode haver dúvida sobre a existência do fato, pois o postulante deverá comprovar, de imediato, a existência do fato jurídico certo, determinado, incontroverso.

Os pressupostos de certeza e liquidez somente são atribuídos se os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a demonstrar os fatos de forma incontroversa.<sup>11</sup>

Há casos em que será inadequada a via eleita: se não houver prova cabal do direito líquido e certo, através da prova pré-constituída.

O Mandado de Segurança não admite dilação probatória: o procedimento não permite produzir perícias, ouvir testemunhas. De acordo com a doutrina brasileira, a existência de prova pré-constituída é uma condição especial da ação mandamental ligada, essencialmente, ao interesse processual. É uma condição da ação.

Assim, direito líquido e certo é o que pode ser exercido no momento da impetração. O impetrante deve demonstrar na petição inicial no que consiste a ilegalidade ou abusividade que pretende ser afastada do ordenamento jurídico. Deve-se demonstrar o que foi alegado pelo impetrante por prova documental, sem que haja necessidade de dilação probatória.

Quanto à matéria de direito, acentua a súmula 625 do Supremo Tribunal Federal que “*controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança*”. Nesse sentido, a complexidade de determinada questão não representa óbice ao uso do instituto que exige somente prova pré-constituída. Cabe frisar que existe uma hipótese em que é possível impetrar o *writ* sem a prova documental: artigo 6º, parágrafos 1º e 2º da nova lei. Logo, a ação autônoma é um remédio constitucional com natureza civil posto a disposição dos titulares de direito líquido e certo, quando lesados ou ameaçados de lesão, por ato ou omissão de autoridade.<sup>12</sup>

## NÃO AMPARADO POR HABEAS CORPUS OU HABEAS DATA

Tem-se entendido que o Mandado de segurança tem caráter residual, embora seja amplo o leque de direitos tuteláveis por seu intermédio. Poderá ser utilizado quando não couber Habeas Corpus ou Habeas Data.

O hábeas corpus serve para tutelar a liberdade de locomoção (direito de ir e vir, por exemplo). Quanto ao hábeas data tem previsão na lei 9507/97, especificamente artigo 7º: *“para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, para a retificação de dados próprios, para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável”*.

Se as informações forem próprias é caso de habeas data. Se a informação não for própria, mas de terceiro, caberá mandado de segurança. Logo, é suficiente para a utilização do mandado de segurança que a hipótese não seja de direito de locomoção ou de obtenção ou retificação de informações ou dados.

## CONTRA ATO PRATICADO POR AUTORIDADE, SEJA DE QUE CATEGORIA FOR E SEJAM QUAIS FOREM AS FUNÇÕES QUE EXERÇA

O mandado de segurança é uma ação que visa a controlar a legalidade dos atos do poder público, assim compreendida a pessoa no exercício da função ou cargo público, ou que esteja no exercício dessas atribuições.

O ato a ser impugnado poderá ser atual ou iminente. No tópico do iminente, surge a figura do mandado de segurança preventivo, que se presta para evitar a ocorrência do ato. Em matéria tributária é comum o uso de Mandado de segurança preventivo.

### **Ato administrativo**

O Ato administrativo poderá ser atacado por Mandado de segurança. Há exceção no artigo 5º, I, da nova lei: *“não cabe mandado de*

*segurança do ato em que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”.*

O remédio não poderá ser utilizado enquanto a controvérsia estiver sendo discutida na esfera administrativa. No caso do ato processual não causar gravame ao impetrante, já que ele poderá recorrer administrativamente, será uma hipótese de falta de interesse de agir, não sendo cabível a impetração do mandado de segurança. Trata-se de não cabimento temporário quanto ao ato administrativo, porque objeto de recurso, não tem aptidão para produzir efeitos imediatos.

Assim, desde que o impetrante possa recorrer, administrativamente, sem qualquer espécie de gravame (caução), e desde que o recurso administrativo seja processado com efeito suspensivo, fica afastado o cabimento do mandado de segurança.<sup>13</sup>

Contudo, se o ato da autoridade administrativa for omissivo, mesmo havendo recurso com efeito suspensivo, caberá a impetração do *writ*, de acordo com a súmula 429 do Superior Tribunal Federal: “A existência de recurso administrativo com efeitos suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra a omissão da autoridade”.

Nesse ponto, a lei merece críticas por não ter incorporado em seu texto a súmula 429. Em nossa opinião, independente do ato ser omissivo, sendo ilegal, o remédio deverá ser utilizado pela parte lesada. Reduzir sua hipótese de manejo configura inconstitucionalidade. Quanto ao ato disciplinar, deve-se pensar em evolução da nova lei, no sentido de não prever vedação expressa para seu uso. Por isso, sendo o ato disciplinar ilegal, embora discricionário, o controle pelo judiciário via *mandamus* não pode ser negado.

É premente que o ato disciplinar rotulado de discricionário não pode ser um instrumento para perpetuar ilegalidade e abuso de poder. No que pese o silêncio da lei, nesse aspecto, há que se entender o cabimento do *mandamus* para anular o ato disciplinar quando lesionar de direito líquido e certo, por ser ilegal ou proferido com abuso de poder.

## **Ato Legislativo**

Quanto ao Ato Legislativo, a regra geral é a de que não cabe Mandado de segurança por interpretação da súmula 266 do Superior



Tribunal Federal: “Não cabe mandado de segurança contra a lei em tese.” A lei em tese somente poderá ser atacada via ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, esse entendimento tende a retirar parte da grandeza do mandado de segurança<sup>14</sup>.

Em vista disso, há entendimento jurisprudencial de que cabe interpor o *writ* no caso de lei de efeito concreto e contra projeto de lei ou emenda com vício no processo legislativo, que somente poderá ser impetrado pelo parlamentar prejudicado.

Para melhor ilustrar, para ser impugnado via mandado de segurança, o ato legislativo inconstitucional ou ilegal deverá ter efeito concreto, devendo restar demonstrado qual é o ato cuja concretização, iminente ou futura, representaria ofensa ao direito líquido e certo.<sup>15</sup>

## Ato Judicial

No caso de ato Judicial, os incisos II e III do artigo 5º da nova lei afastam o cabimento do mandado de segurança no caso de decisão judicial da qual caiba recurso com efeitos suspensivo e quando transitada em julgado (súmulas 267 e 268 do STF).

Se houver recurso com efeito suspensivo, pressupõe-se que a parte lesada não será prejudicada, já que aquele efeito impedirá a eficácia imediata da sentença.

Cabe frisar que o recurso com efeito suspensivo é aquele cuja concessão se dará *ope judicis*. Havendo aptidão para ter efeito suspensivo, descaberá o mandado de segurança. No caso de não concessão diante do pedido do recorrente deve-se interpretar o sistema processual, que possui meios próprios de impugnar as decisões judiciais, pois o mero insucesso quanto a algum pedido ou requerimento não dará ensejo ao cabimento do remédio ora estudado.<sup>16</sup>

De fato os pressupostos para a concessão do mandado de segurança em face de atos judiciais ou administrativos são os mesmos. Segundo Celso Bastos, a finalidade do *writ* não é atacar o ato judicial. Em vista disso, as hipóteses de sua admissibilidade deverão ser restritivas, devendo ficar circunscritas “aos casos em que os remédios processuais próprios não sejam de molde a assegurar o direito do demandante”.<sup>17</sup>

O manejo do mandado de segurança contra atos judiciais passou a ser utilizado para conferir efeito suspensivo a recursos que não gozavam desta atribuição. Em grande medida, sua utilização se dava nas seguintes hipóteses: contra decisão interlocutória; contra decisão judicial que não conferia efeito suspensivo ao agravo; contra decisão que admitia apelação somente no efeito devolutivo; contra decisão que transitou em julgado, apesar da súmula 268 do STF; ainda, contra omissão judicial abusiva e ilegal, que ofendesse direito líquido e certo. Após as mudanças legislativas, quanto ao manejo do agravo de instrumento, o mandado de segurança tem sido utilizado para impugnar a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido.<sup>18</sup>

Todavia, se o ato judicial ferir direito líquido e certo, deseja-se, por meio do remédio processual, obter a suspensão de eficácia da medida judicial ilegal, que, se for executada, causará dano ao indivíduo. Assim, por meio do pedido de efeito suspensivo via *mandamus* a parte protege direito líquido e certo lesado, mesmo que por via transversa.<sup>19</sup>

Quando não houver recurso previsto nas leis de processo, o mandado de segurança é um sucedâneo recursal. É o que se verifica nas decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais, em que não cabe o recurso de agravo, logo, as interlocutórias são irrecuráveis. Nesse caso, cabe impetrar o mandado de segurança.<sup>20</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encaminha-se no sentido de admitir o seu cabimento perante os Tribunais de Justiça ou Regionais Federais para promover o controle do exercício da competência jurisdicional dos juizados especiais, sem, contudo, adentrar no mérito, conforme dispõe a súmula 376 (“*compete a turma recursal processar e julgar o Mandado de Segurança contra ato de juizado especial*”).

Cabe salientar que esse remédio contra atos judiciais não pode ser um meio alternativo a ser utilizado pelo interessado, mas sim um instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual a fim de cobrir eventuais falhas e tutelar o direito líquido e certo do impetrante.<sup>21</sup>

O magistrado está incluído no conceito de autoridade e, portanto, seus atos podem ser objeto do *writ*, desde que se incluam nos pressupostos fáticos para sua interposição. Porém, em consonância com o

sistema processual vigente, o meio normal de impugnar as decisões judiciais são os recursos devidamente previstos em lei.

Não obstante, deve-se admitir a interposição do *mandamus* de forma ampla, observadas certas condições: se a decisão judicial causar dano irreparável, a regra seria interpor o mandado de segurança se da decisão não couber recurso com efeito suspensivo, pois, do contrário, não haveria lesão de imediato.<sup>22</sup>

Também é vedada a impetração do mandado de segurança no caso de decisões judiciais transitadas em julgado<sup>23</sup>. Para impugnar essa decisão há os meios próprios, tal qual a ação rescisória.

Deve-se ter observar a seguinte diretriz: toda vez que o sistema processual prever meios para se insurgir contra as decisões judiciais, descabe o mandado de segurança, pela própria sistemática processual, que deverá ser empregada para evitar qualquer lesão ou ameaça a direito. Ao contrário, se o sistema recursal não for dotado de meios que afastem a lesão ou ameaça dos direitos do recorrente, o mandado de segurança contra o ato judicial terá cabimento.

Por outro lado, a jurisprudência tem afastado a incidência da súmula 268 do Superior Tribunal Federal nos casos de sentença juridicamente inexistente, bem como no caso de decisões teratológicas. Nessas hipóteses, o *mandamus* poderá ser utilizado até mesmo para atacar sentenças transitadas em julgado.

Se analisarmos a finalidade do *mandamus*, como meio de tutela de direitos, ele deveria ser cabível sempre que o ato jurisdicional violasse o direito líquido e certo do impetrante, devido à supremacia do direito constitucional. Ora, a limitação para o seu manejo é delineada por seus requisitos; esses, uma vez preenchidos, dão ensejo ao seu cabimento.

Como assevera Teresa Arruda Alvim, presentes os pressupostos para o mandado de segurança, não há razão para negar seu cabimento até mesmo contra decisão com trânsito em julgado, já que o objetivo do instituto é não deixar “*situação alguma sem solução*”.<sup>24</sup>

## ATO ILEGAL OU ABUSIVO DE PODER

O cabimento do Mandado de segurança se dá quando houver ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou

agente de pessoa jurídica no exercício do poder público. Quanto a este ponto, o objeto do *mandamus* não foi modificado.

Ato ilegal tem relação com o ato vinculado; já ato abusivo de poder tem relação com o ato discricionário, em que o administrador tem maior margem para apreciar os motivos, elementos e finalidade a ser atingida pelo ato.<sup>25</sup> Nesse caso, a administração vai além do que lhe concede a lei, ferindo a finalidade do ato e causando lesão a direito da parte, o que dá ensejo ao cabimento do remédio processual.

## LEGITIMIDADE

### LEGITIMIDADE ATIVA

É bastante ampla<sup>26</sup>. O legitimado ativo é o detentor do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. O *caput* do art. 1º da Lei nº. 12.016/2009 não traz alteração substancial, se comparada ao artigo 1º da lei nº. 1.533/1951. Por isso, podem interpor mandado de segurança pessoas físicas, jurídicas, órgãos públicos despersonalizados, porém, com capacidade processual (chefias do executivo, mesas do legislativo), universalidades de bens e direitos (espólio, massa falida, condomínio), agentes políticos, ministério público, entre outros. Apesar do silêncio da nova lei, não há razão para afastar a legitimidade dos entes despersonalizados para impetrar o remédio processual.

O parágrafo terceiro do artigo 1º da lei nova não traz nenhuma novidade se comparado ao anterior, o parágrafo segundo do artigo 1º da lei 1533/1951. Trata-se de caso de substituição processual, contudo, com algumas condições, já que somente se pode impetrar mandado de segurança após notificar judicialmente o titular e dentro do prazo decadencial. O que se espera do novel dispositivo é sua maior utilização. Ainda, a regra estaria por legitimar que um indivíduo impetre o mandado de segurança em favor de uma coletividade tutelando, em consequência, interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, sem prejuízo da utilização do mandado de segurança coletivo.<sup>27</sup>

## LEGITIMIDADE PASSIVA

O conceito de autoridade coatora é importante para identificar o pólo passivo, mas também para fixar a competência quanto ao ajuizamento da ação. Nesse conceito estão incluídos todos aqueles que exercem o *múnus público*, podendo englobar agentes políticos, ocupantes de cargos, empregos públicos ou particulares no exercício do poder público. Encontram-se nesse rol os dirigentes de instituição de ensino, bem como titulares de serviço público em regime de concessão, permissão ou autorização.<sup>28</sup>

Dessa forma, considera-se autoridade coatora aquela que pratica, ordena ou omite a prática do ato impugnado, por interpretação do artigo 6º, § 3º da nova lei.

Ainda assim, esta definição requer alguns complementos. A autoridade deve ter a competência para desfazer o ato impugnado. Por isso, deve-se impetrar Mandado de Segurança contra aquele que tem condições de desfazer o ato; quando o ato coator for praticado em áreas distintas, a autoridade será a superior a todos os órgãos locais, como por exemplo, se vários delegados regionais praticarem ato ilegal o secretário regional será o legitimado passivo.

Em se tratando de ato complexo (aquele que precisa da convergência de duas vontades para haver um ato final), a súmula 627 do Superior Tribunal Federal assevera que o órgão coator é aquele que encerra a decisão.

Quando o ato for composto (aquele em que a autoridade inferior pratica o ato e a superior apenas homologa), impetra apenas contra quem homologa.

No caso de ato colegiado<sup>29</sup> (há apenas um órgão, mas diversas manifestações de vontade dentro deste) a autoridade é o presidente do órgão.

O parágrafo primeiro do artigo 1º é mais amplo que o anterior com relação aos partidos políticos, pois, para fins de cabimento do mandado de segurança, são equiparados à autoridade coatora “os representantes ou órgãos de partidos políticos”; os “administradores de

entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”.

Há uma relação entre o exercício do poder público e o cabimento do mandado de segurança, pois, independentemente de quem seja ou exerça a função, sendo pública, esse remédio será cabível. Disso resulta o cabimento do mandado de segurança contra ato de pessoa de direito privado, desde que atue em nome do Estado.

De acordo com o artigo 2º da nova lei altera-se a nomenclatura “entidades autárquicas federais”, por entes por ela controlados (União), englobando outras entidades que não sejam autarquia e visando a facilitar a interposição do *mandamus* ao conceituar a autoridade coatora federal.

O parágrafo 2º do artigo 1º consagra que 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”.

Para evitar controvérsias, deve-se entender que, ao se tratar de matéria puramente contratual de direito privado, em que aquelas entidades realizam operações comerciais, não configurará ato de autoridade a ensejar o cabimento do *writ*. Por outro lado, no caso de uma licitação, na qual a impetrada atua como autoridade, já é consagrado<sup>30</sup> seu cabimento. Logo, não há razão para alegar a inconstitucionalidade do dispositivo, que deve ser interpretado em consonância às disposições constitucionais, pois se os atos praticados por aquelas entidades forem regidos por direito público e violarem direito líquido e certo poderá o remédio ser utilizado.

Ultrapassadas essas considerações, cabe frisar que há dúvida se o réu é a autoridade coatora (a pessoa física da autoridade) ou se é a autoridade jurídica a que essa autoridade pertença. Há grande tendência judicial para reconhecer que o réu, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica (a prefeitura, e não o prefeito; o governo do Estado, e não o governador), posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Deve-se entender que a autoridade coatora não é parte no processo, embora o ato contestado em mandado de segurança tenha sido

praticado pela autoridade, pois cargo, emprego ou função é impessoal. Ela age em nome do poder público. Ainda, a pessoa jurídica que suportará o ônus decorrente de uma demanda julgada improcedente.

Embora a doutrina tenha se manifestado pela necessidade de formação de litisconsórcio entre autoridade e pessoa jurídica tal construção deve ser afastada. O fato de a nova lei conferir à autoridade a possibilidade de recorrer como terceiro prejudicado não lhe confere o status de parte processual, pois ela apenas representa a pessoa jurídica de direito público responsável pelo ato impugnado<sup>31</sup>. Assim, não há que se falar em autoridade como ré na ação de mandado de segurança.

No que pese a opinião contrária, o artigo 6º, caput, não contempla uma hipótese de litisconsórcio passivo necessário entre autoridade coatora e ente político legitimado. O legislador fez essa determinação apenas para facilitar a obtenção de informações e a análise da competência, ou ainda, a identificação correta da própria autoridade.<sup>32</sup>

Porém, mesmo não sendo parte no processo, prevalece na doutrina o entendimento de que deve haver a extinção do feito sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva, quando a autoridade for indicada de forma errônea na petição inicial<sup>33</sup>. Tal interpretação resulta do artigo 6º, caput, da nova lei que trouxe uma novidade: além de indicar na petição inicial quem é a autoridade, é obrigatória a indicação da pessoa jurídica a que ela pertence.

Data vênua, o réu no mandado de segurança é a pessoa jurídica. Não há um litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica e a autoridade porque elas não são as mesmas pessoas: essa apenas "*presenta*" a pessoa jurídica e deverá prestar informações técnico-administrativas sobre o ato por ela realizado.

O objetivo do instituto do mandado de segurança é tutelar o direito da parte lesada por ato de ente público praticado com ilegalidade e abuso de poder. Por isso, a simples indicação errônea da autoridade na inicial não deve dar ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito, mas sim, deve o juiz determinar a emenda da inicial a fim de corrigir o polo passivo da demanda e tutelar corretamente o direito material, atentando-se à instrumentalidade do processo.

## Legitimidade passiva e teoria da encampação

O Superior Tribunal de Justiça entende que deve ser extinto o processo sem julgamento do mérito, se houver a indicação errônea da autoridade coatora no polo passivo do mandado de segurança. Seria compreensível esse posicionamento, se a indicação errônea daquela pessoa provocasse a incompetência do órgão julgador.

Em vista disso, o Superior Tribunal de Justiça tem amenizado esse entendimento por aplicação da teoria da encampação. É uma teoria construída pela jurisprudência, segundo a qual, apesar de não se ter indicado corretamente a autoridade coatora, o ingresso da autoridade correta ou da pessoa jurídica a que ela pertença no feito, supriria o vício, permitindo o julgamento do mandado de segurança. Muitas vezes, a propositura equivocada da ação é devido à dificuldade de se identificar corretamente o órgão coator.<sup>34</sup>

Dessa forma, a encampação ocorrerá quando a autoridade correta assumir a titularidade passiva do *mandamus*, ainda que a impetração tenha sido direcionada ao subordinado, erroneamente. Para a aplicação da teoria, é necessário o preenchimento de dois pressupostos. Primeiro, a autoridade superior deve assumir a defesa do ato impugnado e manifestar-se sobre o mérito<sup>35</sup>. Deve ainda restar demonstrado o vínculo hierárquico entre a autoridade e o subordinado.

## PROCEDIMENTO

O procedimento em mandado de segurança é especial, sumário, e ainda que impetrado contra ato criminal, tem natureza civil, com a consequente vedação à produção de outras provas além daquelas que devem acompanhar a inicial.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, o procedimento conduz a produção de uma sentença com esteio no juízo exauriente e, conseqüentemente, transita em julgado. Logo, o procedimento breve não altera a qualidade e profundidade da cognição a ser realizada, originando uma sentença com eficácia material, apta a transitar em julgado.<sup>36</sup>



Por outro lado, Medina alega que a cognição no mandado de segurança é parcial e sumária, pois o seu objeto se restringe ao exame do ato ilegal ou abusivo praticado pela autoridade coatora e por ausência de fase instrutória, já que há restrição à produção de prova, que deve ser meramente documental.<sup>37</sup>

A petição inicial deverá vir acompanhada da prova pré-constituída, documento indispensável para o processamento do *writ*. No entanto, há exceção no parágrafo 2º do art. 6º, pois quando a prova pré-constituída estiver em poder da autoridade ou de terceiro o “juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição”. Se o juiz verificar algum defeito na inicial poderá mandar emendá-la.

O artigo 6º, § 5º da lei traz hipótese de vícios processuais. O artigo usa a expressão denegar. Deveria ter usado “extingui-se”, pois não haverá apreciação do mérito nesses casos.

O juiz indeferirá a inicial quando não houver prova pré-constituída e quando verificar de plano a decadência, que não ofende o fundo de direito, mas sim, a via processual eleita. Logo, trata-se de indeferimento sem exame de mérito, pois não será apreciada a legalidade ou ilegalidade da conduta quando for interposto fora do prazo de 120(cento e vinte) dias. Assim, não haverá coisa julgada material. Como consequência, o requerente poderá interpor ação própria para requerer seu direito.<sup>38</sup>

A novidade da nova lei reside no fato de que, além do impetrante indicar na inicial a autoridade coatora, é obrigatória a indicação da pessoa jurídica a que pertence.

Deferida a inicial, o juiz determinará o processamento do mandado de segurança. O artigo 7º, I, da lei estabelece a necessidade de notificar a autoridade, acompanhada de segunda via da inicial, incluídas as cópias dos documentos trazidos pelo impetrante, condição essencial para o pleno exercício do contraditório, para que apresente informações em dez dias. Esse prazo começa a contar da juntada aos autos do mandado de notificação da autoridade.

A autoridade deverá prestar informações, que correspondem à peça de defesa da pessoa jurídica, com caráter de contestação. Cabe frisar que a parte efetiva no processo será a pessoa jurídica de direito público, mas a autoridade deverá fornecer subsídio material para a defesa do poder público e, ainda, poderá atuar como assistente simples.

Segundo os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988 a advocacia Geral da União e as Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e Municípios representaram as pessoas jurídicas nas ações de mandado de segurança, atuando em defesa do poder público. O despacho que defere a inicial representa termo final para o ingresso do litisconsorte facultativo, nos termos do artigo 10, § 2º.

A ausência de resposta não induz revelia porque o ato atacado, por ser público, presume-se legal, de modo que compete ao impetrante a prova da ilegalidade e o ônus de demonstrar direito certo e incontestável.

O cabimento da tutela de urgência no *writ* está inserido no artigo 7º, III, que determina ao magistrado a possibilidade de, ao despachar a inicial, preenchidos os pressupostos legais, suspender o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e puder causar ineficácia da medida. Além disso, o dispositivo permite ao juiz, mediante decisão fundamentada, exigir do impetrante caução, fiança ou depósito.

Antes desse artigo implantado pela lei nova não era permitido condicionar o deferimento da liminar à prestação de caução, por dificultar o acesso ao *mandamus*. Em vista disso, a melhor interpretação do dispositivo reside no fato de que ele não obriga a exigência de caução, mas é uma prerrogativa do juiz para evitar que ocorra prejuízo à pessoa jurídica no caso de improcedência da ação, após a análise do caso concreto. Nesse aspecto, o dispositivo confere um poder maior ao juiz de verificar em quais casos haverá a necessidade de se prestar caução. Data vênua, condicionar o deferimento da liminar a exigência de garantia viola o direito constitucional ao mandado de segurança para tutelar o direito líquido e certo do impetrante. Por isso, tal requisito deve ser visto com ressalvas.

A exigência de prestação de caução poderá ser afastada em alguns casos, como por exemplo, no caso de se pleitear alimentos em

face do poder público, ou de casos em que o impetrante não tenha condições de prestar a caução, mas tenha demonstrado a existência de ato ilegal ou abusivo, que viole direito líquido e certo.

No mandado de segurança coletivo é necessário haver o contraditório prévio antes da concessão da liminar, conforme artigo 22, parágrafo segundo: “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”. Trata-se de uma prerrogativa do poder público, sedimentada também no artigo 928, parágrafo único do código de processo civil.

Todavia, se o indeferimento da liminar acarretar o perecimento do direito alegado pelo impetrante, o juiz deverá deferir a medida, sob pena de ferir as disposições contidas no artigo 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição Federal.

A decisão proferida pelo juiz, concessiva ou não de liminar, poderá ser atacada pelo agravo de instrumento, por dicção do § 1º do artigo 7º da nova lei, que é uma novidade.

A autoridade coatora tem o prazo de quarenta e oito horas para comunicar à pessoa jurídica do deferimento da liminar. Salvo se revogada ou cassada, seus efeitos persistirão até a prolação da sentença.

## **AVANÇOS E RETROCESSOS DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA**

A lei 12.106 de 2009 surgiu com o intuito de regulamentar todo o procedimento do mandado de segurança e consolidar, em um único diploma, a legislação esparsa acerca do writ<sup>39</sup>. A nova lei repete dispositivos das leis anteriores, súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal. Pode-se dizer que é uma lei nova, mas que já nasceu velha.

Por outro lado, percebe-se que o legislador não se preocupou em harmonizar o texto legal com a evolução jurisprudencial existente, pois entendimentos consolidados não foram inseridos na nova lei,

restando à doutrina e jurisprudência interpretarem o novo regime procedimental estabelecido pela nova lei, a fim de lhe conferir o alcance social almejado.

Deve-se assegurar direito à segurança nas hipóteses descritas na Constituição Federal. Para isso, deve haver um procedimento que efetive as disposições constitucionais no caso de violação ao direito líquido e certo cometido por ilegalidade e abuso de poder.

A lei 12.016/2009 disciplinou o procedimento em mandado de segurança. Segundo Medina<sup>40</sup> “está-se diante de um sistema rígido ou típico de procedimento”, que servirá para resolver casos idênticos. Diante do caso concreto, o sistema típico acaba por se mostrar ineficiente, necessitando de ajustes pelos aplicadores do direito. Em vista disso, deveria haver previsão de flexibilização procedimental, a fim de tutelar, eficazmente, o direito fundamental à segurança, como ocorre na hipótese do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Ainda, não poderia, o legislador, exigir caução para o deferimento da liminar, já que a Constituição Federal não faz menção a essa hipótese. Se o ato de autoridade violar direito líquido é certo, o remédio poderá ser utilizado sem restrições.

Mantiveram-se na nova lei as previsões de suspensão de segurança (art. 15, §§ 1º a 5º). A manutenção do instituto desprestigia as decisões dos juízes de primeiro e segundo graus.

Outro aspecto que merece maiores questionamentos é o parágrafo 2º do artigo 7º da nova lei, pois o legislador estabelece algumas hipóteses de não cabimento da liminar: compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (desembaraço de mercadorias estrangeiras), a reclassificação ou equiparação de serviços públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (vantagens a funcionários públicos).

Ainda, no parágrafo 5º do mesmo artigo, inova ao estender as restrições ao cabimento da liminar às hipóteses dos artigos 273 e 461 do Código de Processo civil. Ora, tal dispositivo contraria disposições constitucionais, pois restringe o cabimento do *mandamus*, limitando o exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Deve-se conceder a liminar sempre que preenchidos os requisitos legais, independentemente da natureza da matéria ventilada. A restrição à tutela de urgência representa um vício de inconstitucionalidade da norma, por excluir da apreciação pelo judiciário de lesão ou ameaça de direito<sup>41</sup>. Logo, nesse ponto, a lei nova pode ser considerada um retrocesso.

A concessão da liminar tem ligação com a natureza da ação, é um direito subjetivo do impetrante, que não deveria ser denegado. Se não bastasse a restrição à concessão de liminar, a lei ainda traz a exigência da caução, matéria discutida nos tópicos anteriores.

No que tange à disciplina do mandado de segurança coletivo, ela inova, já que não havia dispositivos que regulasse o procedimento, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Contudo, Marcelo Abelha relata que o legislador “apequenou” o instituto por lhe atribuir um papel restrito de tutelar direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, o que reduz o alcance constitucional.<sup>42</sup>

A nova lei, nesse caso, restringiu o cabimento do mandado de segurança coletivo, suprimindo a proteção dos direitos difusos<sup>43</sup> possíveis de comprovação de plano, por meio da prova documental pré-constituída. O legislador perdeu de vista que a aplicação do mandado de segurança deve ter sua aplicação interpretada de forma extensiva, e não restritiva.<sup>44</sup>

Ainda sobre o mandado de segurança coletivo, sem maiores digressões, cabe frisar que houve restrição ao seu cabimento no caso de direitos difusos e ainda, o artigo 21 da nova lei traz uma hipótese de legitimidade restrita. Os partidos políticos, por interpretação daquela regra, somente poderão utilizar o *writ* para defesa dos interesses dos filiados ao partido político ou no caso de questões referentes à finalidade partidária. Ora, o legislador infraconstitucional criou uma limitação que se revela em flagrante inconstitucionalidade. O artigo 5º, LXX da Constituição Federal de 1988 não faz nenhuma restrição à legitimidade conferida aos partidos políticos para a impetração do *writ*.

Não obstante, outro aspecto merecedor de questionamentos reside no parágrafo 1º do artigo 22 da lei 12.016/2009 por impor ao impetrante do

mandado de segurança individual que desista dessa ação para se beneficiar dos efeitos da sentença de procedência proferida em sede de mandado de segurança coletivo. Trata-se de regra de procedimento incompatível com a disposição constitucional. Privilegia-se a ação coletiva em comparação à ação individual. Mais ainda, o artigo em comento restringe o direito de ação do impetrante por obrigá-lo a desistir da tutela individual para beneficiar-se da coletiva, criando um obstáculo ao exercício da ação individual, o que entra em choque com o texto da constituição.

No que tange as súmulas 269 e 271<sup>45</sup> do Superior Tribunal Federal, a nova lei não tratou das questões por elas versadas, persistindo o que está consubstanciado. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão acertada, tem se posicionado contrariamente aos verbetes, atentando-se à instrumentalidade do processo e à necessidade de se buscar soluções efetivas aos conflitos judiciais.

Por isso, firma-se o entendimento de que é inviável remeter às vias ordinárias o servidor público ao qual foi concedida a segurança para executar valores não expressivos. Desse modo, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem de segurança deverão retroagir a data do ato impugnado, violador do direito líquido e certo.<sup>46</sup>

Tal posicionamento viabiliza a celeridade processual e garante uma decisão efetiva, já que as súmulas restringem a utilização do *writ* como instrumento de efetivação do direito material comprovado. No caso em que se pleitearem verbas de pequeno valor, a segurança concedida deveria, desde logo, efetivar o direito à execução daqueles valores, viabilizando o processo e evitando que a parte tenha que interpor outra ação para ter seu direito satisfeito.

Há jurisprudências permitindo que, por meio do mandado de segurança, possa a parte buscar prestações em atraso, por não ser razoável o impetrante ingressar com ação própria para cobrar diferenças financeiras, que de imediato podem ser concedidas via mandado de segurança, em contrariedade aos verbetes supramencionados<sup>47</sup>, e em consonância com os princípios da celeridade e economia processual.

Dessa forma, a nova lei deixou de tratar assunto imprescindível à efetivação do processo e a ampliação dos efeitos desta ação, inseparável do Estado Democrático de Direito. José Garcia de Medida<sup>48</sup> relata enfático: “Pensamos, com efeito, que a lei 12.016/2009 é deficitária.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mandado de segurança se apresenta como remédio heroico de imprescindível manejo no Estado de Direito, para tutelar direito líquido e certo do impetrante lesionado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder. Tendo em vista a evolução do instituto, houve a necessidade de disciplinar seu regramento em um único diploma com o desiderato de lhe conferir maior efetividade e celeridade, e acompanhar a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Devido à recente promulgação da nova lei, restará à doutrina e jurisprudência a atividade de interpretar seus dispositivos, de modo a atingir sua finalidade de tutelar direitos individuais e coletivos de forma efetiva e consoante aos princípios da celeridade e economia processual, atendendo, assim, ao anseio político e social da norma. Essa atividade interpretativa deverá retratar as falhas da lei, contribuindo para que se afaste qualquer entendimento que contrarie os desígnios constitucionais.

É premente que não se deve permitir à lei nova restringir as hipóteses de manejo do *writ*, ação civil constitucional de natureza autônoma, instrumento de tutela de direitos, uma garantia dos Estados democráticos, a fim de não retirar a sua grandeza.

Não obstante, nova lei deixou de enfrentar temas sumulados pelo Superior Tribunal Federal, que deveriam ser inseridos em seu texto. Além disso, deveria haver uma revisão das súmulas 267, 268 e 271 daquele tribunal por estarem em desacordo com a finalidade do instituto do *writ* e devido às restrições que sua aplicação tem sofrido pelo Superior Tribunal de Justiça, com o fito de acompanhar a evolução do processo como um meio de solução de crises de incerteza.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

ALVIM, Teresa Arruda. **Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ATHENIENSE, Aristóteles. **Contenções indevidas ao uso do mandado de segurança**. In: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coords.). Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais - A nova lei do mandado de segurança. Belo Horizonte: IAMG, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo **Regimental no Recurso Especial 962.195**. Relator Min. Francisco Falcão. Julgado em: 11 de março de 2009. Site do STJ. Acesso em 25 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Relator Min. Eros Grau. **Recurso Extraordinário 576.847-3**. Julgado em 28 de abril de 2018. Site do STF. Acesso em 25 de julho de 2010.

BASTOS, Celso. **Do mandando de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Mandado de segurança: comentários à lei 1533/51, 4.348/64 e 5021/66**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELFINO, Lúcio. A Lei n. 12.016/2009 e o direito intertemporal: primeiras impressões. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais: a nova lei do mandado de segurança**, Belo Horizonte, edição especial, p. 97-125, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual de Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coord.). **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais- A nova Lei do Mandado de Segurança**. Minas Gerais: IAMG, 2010.



MEDINA, Jose Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança Individual e coletivo: comentários à lei 12.016 de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17-18.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** São Paulo: Forense, 1987.

MORAIS, Dalton Santos. A legitimidade passiva e a “defesa” do poder público na nova lei do mandado de segurança- Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**, São Paulo, n.184, p. 195-206, junho 2010.

PAULA, Adriano Perácio de. Mandado de segurança contra ato judicial à luz do Código de Processo civil Reformado. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à prof. Teresa Arruda Alvim Wambier**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUNIOR PALHARINI, Sidney. **O mandado de segurança e o controle das decisões nos juizados especiais cíveis.** In: MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. JUNIOR GOMES, Luiz Manoel (coords.). *Os Poderes do Juiz e o controle das decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à prof. Teresa Arruda Alvim Wambier*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 149, p. 11-28, julho 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016 de 07.08.2009. **Revista de Processo**, São Paulo, n.177, p. 185-208, novembro 2009.

WATANABE, Kasuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

WALD, Arnold. A nova lei do mandado de segurança (lei 12.016, de 07.08.2009). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 894, p. 9-28, abril 2010.

ZAGANELLI, Margareth Vetis(Coord.). **Estudos de história do processo**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009.

## NOTAS

- 1 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual de Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.7.
- 2 MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Forense, 1987. p. 335.
- 3 Art. 113, 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
- 4 Art. 141, § 24: Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.
- 5 WALD, Arnold **A nova lei do Mandado de segurança** (lei 12.016, de 07.08.2009). Revista dos Tribunais. n. 894, ano 99. São Paulo: Revista dos tribunais, Abril 2010, p.116-17.
- 6 Cabe frisar que não há unanimidade na doutrina quanto à natureza jurídica do mandado de segurança.
- 7 WALD. Arnold.Op. Cit., p.12.
- 8 Artigo 5º. LXIX, da Constituição Federal de 1988.
- 9 MEDINA, Jose Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança Individual e coletivo. Comentários à lei 12.016 de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p.20.
- 10 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17-18.
- 11 BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.
- 12 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.447.
- 13 BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.
- 14 ALVIM, Teresa Arruda. **Medida Cautelar, mandado de segurança e ato judicial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.14.
- 15 Ver: STJ, 1.ª Seção, AgRg nos REsp. 962.195/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j. 11.03.2009, DJe. 06.04.2009.
- 16 BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36-37.
- 17 BASTOS, Celso. **Do mandando de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 51.

- 18 PAULA, Adriano Perácio de. **Mandado de segurança contra ato judicial à luz do Código de Processo civil Reformado**. In: MEDINA, José Miguel Garcia. CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. JUNIOR GOMES, Luiz Manoel (Coords.). *Os Poderes do Juiz e o controle das decisões Judiciais: Estudos Em Homenagem à prof. Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56.
- 19 ALVIM. Teresa Arruda. Op. Cit. p.77.
- 20 Insta frisar que no entendimento do Supremo Tribunal Federal, através do RE 576.847, do Ministro Eros Grau, ficou assentado que não cabe mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida em Juizado Especial. Logo, há uma divergência quanto ao tema.
- 21 WATANABE, Kasuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 106.
- 22 ALVIM. Op. Cit., p.70.
- 23 “Mandado de segurança. Ato de conteúdo jurisdicional emanado do Supremo Tribunal Federal. Inadmissibilidade. Impossibilidade, também, de impetração mandamental contra decisão já transitada em julgado, pois a ação mandamental não constitui sucedâneo da ação rescisória. Essa impossibilidade processual, reconhecida pela doutrina e jurisprudência dos tribunais, foi expressamente enfatizada na novíssima lei do Mandado de Segurança”. (Min. Celso de Mello, MS-MC 28246/ DF, J. 2.10.2009, *Dje*. 15.10.2009).
- 24 ALVIM. Op. Cit., p.83.
- 25 BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança: comentários à lei 1533/51, 4.348/64 e 5021/66**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.
- 26 O Superior Tribunal de Justiça reconhece legitimidade para qualquer estrangeiro impetrar Mandado de segurança e a entes sem personalidade jurídica, mas com prerrogativas próprias a defender (ex: mesas da Câmara, do Senado) poderes do Estado.
- 27 BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.
- 28 MEDINA. ARAÚJO. Op. Cit., p.45.
- 29 A diferença para o ato complexo é que neste há vários órgãos, cada um com uma vontade.
- 30 Súmula 333 do Superior Tribunal de justiça.
- 31 MEDINA. ARAÚJO. Op. Cit., p.46.
- 32 DELFINO, Lúcio. **A lei n. 12.016 e o direito intertemporal: primeiras impressões**. In: FIUZA. Ricardo Arnaldo Malheiros. Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais - A nova lei do mandado de segurança. Belo Horizonte: IAMG, 2010, p.116.
- 33 “A jurisprudência do STJ firmou entendimento de que havendo erro na indicação da autoridade coatora, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, a teor do que preceitua o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo vedada a substituição do pólo passivo. (STJ, 2ª T., ROMS 200400568324 (18324)/SE, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 07.11.2005, p. 00166).
- 34 MEDINA. ARAÚJO. Op. Cit., p.49-50.
- 35 “Se a autoridade dita coatora, em suas informações, não manifesta apenas sua ilegitimidade, mas adentra no mérito da impetração, convalida-se sua legitimidade, aplicando-se a teoria da encampação.” (STJ, 1ª T., RMS 24.637 (2007/0172450-0), rel. Min. Francisco Falcão, DJe 17. 11. 2008, p. 542).
- 36 **A nova lei do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.
- 37 MEDINA. ARAÚJO. Op. Cit., p.109.
- 38 Art. 19 da nova lei: “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.”; vide súmula 304 do Superior Tribunal Federal.
- 39 ABELHA, Marcelo. **Suspensão de segurança. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2010. p. 81.
- 40 MEDINA. ARAÚJO. Op. Cit., p.29.
- 41 DELFINO, Lúcio. **A lei n. 12.016 e o direito intertemporal: primeiras impressões**. In FIUZA. Ricardo Arnaldo Malheiros. Revista do Instituto dos advogados de Minas Gerais- A nova lei do mandado de segurança. Belo Horizonte: IAMG, 2010, p.120.

- 42 ABELHA, Marcelo. **Suspensão de segurança. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2010. p. 82-83
- 43 Ver artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.
- 44 MORAIS, Dalton Santos. **A legitimidade passiva e a “defesa” do poder Público na nova lei do mandado de segurança- Lei 12.016/2009.** Revista de Processo, n.184, ano 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.
- 45 Súmula 269 do STF: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”. Súmula 271 do STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.
- 46 ATHENIENSE, Aristóteles. **Contenções indevidas ao uso do mandado de segurança.** In: In FIUZA. Ricardo Arnaldo Malheiros. Revista do Instituto dos advogados de minas Gerais. A nova lei do mandado de segurança. Belo Horizonte: IAMG, 2010, p. 46-47.
- 47 Conferir Ag. Rg no AI nº 920.172-SP 5ª T.
- 48 MEDINA. ARAÚJO. Op. Cit., p. 17.

Artigo recebido em: 06/01/2010

Aprovado para publicação em: 13/01/2010