

# Considerações sobre a Nova Lei do Mandado de Segurança

Sérgio Augusto Santos Rodrigues

Advogado em Belo Horizonte. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG.  
Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Futebol de Minas Gerais.

## I. Introdução

O mandado de segurança, considerado uma ação constitucional de natureza civil<sup>1</sup>, foi inserido na Constituição brasileira em 1934, após infrutíferas tentativas de se criar um instrumento garantidor dos direitos individuais ameaçados ou violados pelo Poder Público. Sua principal norma reguladora era a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, até a entrada em vigor, em agosto de 2009, da Lei 12.016/09, doravante denominada nova Lei do Mandado de Segurança.



Com objetivo de disciplinar o mandado de segurança individual e coletivo, a nova Lei, além de revogar todas as normas anteriores sobre o tema<sup>2</sup>, inclui em seu texto alguns posicionamentos já consolidados no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Explicando as situações em que é cabível o mandado de segurança, simplesmente adiciona a expressão *ou habeas data* à frase “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*” e substitui a expressão *alguém* por *qualquer pessoa física ou jurídica* quando se refere ao sujeito legítimo a impetrar o *mandamus*<sup>3</sup>.

Por fim, e em suma, traz pontos relativos ao mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e alguns aspectos que têm sido objeto de críticas e serão objeto de tratamento individual neste trabalho.

## II. Faculdade do Magistrado de exigir Caução, Fiança ou Depósito para o Deferimento de Liminar - art. 7º, inciso III

Algumas críticas<sup>4</sup> têm sido feitas ao inciso III do art. 7º da nova Lei do Mandado de Segurança em relação à parte que determina ser facultado exigir do impetrante a caução, fiança ou depósito quando for ordenada a suspensão do ato que deu motivo ao pedido formulado no mandado de segurança.

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 267.

<sup>2</sup> Art. 29 da nova Lei do Mandado de Segurança: “Revogam-se 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.”

<sup>3</sup> Veja art. 1º da nova Lei do Mandado de Segurança: “Conceder-se-á mandando 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 sem quais forem as funções que exerça.” (Destacou-se)

<sup>4</sup> Veja artigo intitulado “O Custo da Tutela Jurisdicional Efetiva” e a notícia “OAB questionará Lei do Mandado de Segurança no STF”, ambas do site Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br>.

Os principais argumentos utilizados são de que isto seria uma restrição à concessão da liminar, que prejudicaria os mais desafortunados, além do fato de estar-se dando ao Estado uma posição mais privilegiada no processo em relação ao particular.

Entretanto, discordamos de tais afirmações já que uma leitura atenta do citado dispositivo permite concluir que a lei é clara ao prescrever que a exigência da garantia, de modo geral, é uma faculdade e não obrigatoriedade do magistrado, o que faz, até mesmo, com que estas palavras sejam inócuas, pois nada impedia que o juiz, na vigência da lei anterior, fizesse tal exigência para conceder liminares.

Analogicamente, é o mesmo caso da “Ação de Sustação de Protesto”; conforme a particularidade do caso, o magistrado irá determinar ou não o depósito de quantia ou indicação de bens como garantia para sustar o protesto, embora não haja lei que diga expressamente ser esta uma função do juiz.

Sendo assim, neste aspecto, não enxergamos este dispositivo como uma afronta a qualquer direito do jurisdicionado, mas um mero zelo (que pode ser considerado excessivo) do legislador. Facultativo é diferente de obrigatório. Prevalece, portanto, o bom senso e o poder discricionário do julgador nestes casos.

### **III. Não-concessão de Liminar, cujo Objeto seja Compensação de Créditos Tributários, Entrega de Mercadorias e Bens Provenientes do Exterior, Reclassificação ou Equiparação de Servidores Públicos e Concessão de Aumento ou Extensão de Vantagens ou Pagamento de Qualquer Natureza - art. 7º, parágrafo 2º**

*III.1. Extensão desta vedação à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil - art. 7º, parágrafo 5º*

Indubitavelmente estes são os dispositivos que mais geram controvérsia na nova Lei do Mandado de Segurança, embora a proibição de concessão de liminares para tutelar determinados casos não seja novidade em nosso ordenamento jurídico. A Lei 2.770, de 4 de maio de 1956, trouxe em seu art. 1º redação muito parecida com esta do art. 7º, parágrafo 2º, da nova Lei do Mandado de Segurança:

“Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.”

A jurisprudência sobre sua aplicação diverge conforme o caso. No julgamento do Recurso Especial (REsp) 666.092/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 30/05/2006, p. 137, esta foi a ementa:

“Tributário - Importação - Liberação de Mercadorias Estrangeiras: Proibição - Lei n. 2.770/56.

1. A concessão de liminar para liberação de mercadorias estrangeiras está vedada pelo art. 1º da Lei 2.770/56.

2. Recurso especial provido.”

Importante mencionar que este REsp foi interposto em face de acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região assim ementado:

“Agravado de Instrumento. Liminar. Liberação de Mercadoria Importada. Lei 2.770/56. Improvimento.

1. A Lei 2.270/56, que veda a concessão de liminar para a liberação de mercadorias importadas, somente se aplica às hipóteses de contrabando ou descaminho.
2. Ultrapassando, em muito, a autoridade fiscal o prazo máximo destinado ao exame da documentação do importador, correta a decisão que determinara a liberação de mercadorias, sem prejuízo de posterior procedimento fiscal para apurar eventual saldo de tributo.”

Todavia, no voto que deu provimento ao REsp, a i. Ministra relatora esclareceu: “Assim, por meio da interpretação literal do art. 1º do referido diploma, conclui-se que a liberação de mercadorias estrangeiras mediante liminar, como deferida pelo Tribunal *a quo*, não encontra respaldo legal, porque o diploma de regência, ao contrário do afirmado no voto recorrido, não se refere a mercadorias oriundas de contrabando ou descaminho.”

Por outro lado, em se tratando de retenção de mercadoria por pagamento de tributo, diverso é o entendimento sobre a proibição de concessão de liminar, já pacificado, inclusive, em súmula do STF, como citado no julgado abaixo:

“Tributário. Importação. Liberação de Mercadorias Estrangeiras. Lei nº 2.770/56, Súmula 323 do STF. Precedentes do TRF da 1ª Região e do STJ.

I - Sem embargo de norma infraconstitucional (Lei nº 2.770/56, art. 1º) dispor que ‘nas ações e procedimentos judiciais, que visem obter a liberação de mercadorias, bem ou coisas de qualquer espécie, procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa’, a jurisprudência vem-se assentando em sentido oposto; II - O egrégio STF, intérprete maior da Constituição, sumulou: ‘É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos’. (Súmula 323);

III - O TRF da 1ª Região conta com precedentes na linha da referida súmula, *verbi gratia*: AG 2002.01.00.038645-0/BA, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz; AMS nº 89.01.06837-0/MG, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes e AMS nº 2000.33.00.001665-2, Rel. Des. Fed. Ítalo F. S. Mendes. Em igual sentido, o colendo STJ, Corte que se destina a dizer em última análise o direito federal, *exempli gratia*: REsp nº 505.764, rel. Min. José Delgado e REsp nº 513.543, rel. Min. Luiz Fux.”

(AG 2004.01.00.010112-3/DF, Rel. Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Rel. p/ Acordão Des. Federal Carlos Fernando Mathias, 8ª Turma, DJ de 04.06.2004, p. 184)

Inobstante tais esclarecimentos, o que entendemos, em suma, é que tais medidas proibitivas não podem (nem devem) prosperar, havendo de ser rechaçadas pelo Poder Judiciário por total incompatibilidade com a CF/88, independentemente do caso concreto. A justificativa para tanto pode ser feita nas precisas palavras de Nelson Nery Junior<sup>5</sup>:

“Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

<sup>5</sup> *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 100.

Isso ocorre casuisticamente no direito brasileiro, com a edição de medidas provisórias ou mesmo de leis que restringem ou proíbem a concessão de liminares, o mais das vezes contra o poder público. Essas normas têm de ser interpretadas conforme a Constituição. Se forem instrumentos impeditivos de o jurisdicionado obter a tutela jurisdicional adequada, estarão em desconformidade com a Constituição e o juiz deverá ignorá-las, concedendo a liminar independentemente de a norma legal proibir essa concessão.”

Sendo assim, tanto a vedação de concessão de liminar quanto a extensão desta proibição ao instituto da tutela antecipada não coadunam com o texto constitucional e, por isso, devem ser ignoradas. Neste contexto, vale lembrar as palavras de Fredie Didier Jr. ao discorrer sobre o *neoprocessoalismo*, que impõe a aplicação do Direito sob uma ótica constitucional: “Não há como estudar o processo (civil, penal, trabalhista etc.) ignorando que boa parte dos seus princípios está hoje consagrada no texto constitucional, na parte dedicada aos direitos fundamentais.”<sup>6</sup>

De tal sorte, impedir a concessão de liminar em mandado de segurança (ou de tutela antecipada em ação ordinária) seria ignorar o direito fundamental de acesso (adequado) ao Poder Judiciário, que é garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Neste sentido foi proferida decisão recente pelo Dr. Daniel Henrique Dummer no Mandado de Segurança 019/1.09.0016801-3, em trâmite perante a 2ª Vara de Novo Hamburgo/RS:

“Quanto a restrição prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009, acredito que sua aplicação deve ser vista com reservas, não só por ser endereçada a bens apreendidos, mas também em face da sua inconstitucionalidade. Não é por menos que a nova Lei vem sofrendo críticas com relação à vedação da concessão de liminar em mandado de segurança.

A limitação imposta pelo legislador parece afrontar a garantia constitucional à segurança (art. 5º, LXIX e LXX da Constituição), na medida em que o procedimento não se mostra perfilado com a amplitude constitucional do mandado de segurança.

A urgência e a necessidade de resposta rápida ao suposto ato coator é da essência do mandado de segurança. Daí a razão de um rito célere, preferencial e específico, sem contar que a exigência para o deferimento da ordem reclama a demonstração imediata de direito líquido e certo, baseada em prova meramente documental.

Vedar incondicionalmente a concessão de liminar em mandado de segurança, afastando a possibilidade de tutela de urgência contra ato ilegal da autoridade, é impedir o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Tornar o provimento judicial lerdado é negar a própria justiça; lembrando que, em alguns casos, o objeto da demanda falece juntamente com o próprio indeferimento da liminar.”

É este, portanto, o comportamento que se espera dos julgadores. Se o mesmo prevalecer, certamente o art. 7º, parágrafo 2º, da nova Lei do mandado de segurança tornar-se-á letra morta.

#### **IV. Obrigação de Prolação de Sentença no Prazo Máximo de 30 Dias após a Conclusão dos Autos - art. 12, parágrafo único**

A nova Lei do Mandado de Segurança ampliou este prazo, que, na vigência da Lei 1.533/51 (em seu art. 10), previa que deveria ser proferida a decisão em cinco

<sup>6</sup> Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 26.

dias. Porém, a questão aqui não é de refletir sobre qual prazo se coaduna mais com a realidade, mas sob pena de qual sanção deve o magistrado cumpri-lo.

E não por má vontade dos julgadores, vale frisar, mas por causa do acúmulo de processos que assolam o Judiciário brasileiro atualmente. Qualquer determinação de prazo para o magistrado decidir, em nossa realidade atual, é, além de inócua, utópica.

### **V. Possibilidade de interpor Agravo em Face de Decisão que concede ou denega Liminar em Casos de Competência Originária dos Tribunais - art. 16, parágrafo único**

A nova Lei do Mandado de Segurança, em sua maioria, transformou em artigos de lei alguns posicionamentos consolidados na jurisprudência. Todavia, este art. 16, parágrafo único é uma exceção a estes casos.

Preconiza a Súmula 622, aprovada na sessão plenária de 24 de setembro de 2006, que “não cabe Agravo Regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”. Entretanto, o citado art. 16, parágrafo único contradiz expressamente o entendimento sumulado, permitindo, portanto, a interposição de agravo (regimental ou interno) em face de decisão nestes sentidos.

Vale frisar, porém, que esta mudança só é válida para os mandados de segurança ajuizados após a entrada em vigor da nova Lei do mandado de segurança. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando o Agravo Regimental 179.014.0/8-01, entendeu que a nova regulamentação não atinge os litígios já iniciados<sup>7</sup>.

### **VI. Mandado de Segurança Coletivo - art. 22**

O mandado de segurança coletivo - art. 5º, inciso LXX, da CF/88 - ganha tratamento específico na nova Lei do mandado de segurança em seu art. 22 e parágrafos. Criado para facilitar o acesso à justiça, surgiu para evitar multiplicidade de demandas, permitindo que determinadas pessoas jurídicas possam defender seus membros ou associados.

Destaca Alexandre de Moraes que

“O mandado de segurança coletivo terá por objeto a defesa dos mesmos direitos que podem ser objeto do mandado de segurança individual, porém direcionado à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os direitos individuais homogêneos e os interesses difusos, contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.”<sup>8</sup>

A nova Lei do Mandado de Segurança repete no art. 22, parágrafo 2º a mesma obrigatoriedade já existente no art. 2º da Lei 8.437/92, que determina seja concedida liminar somente após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas.

<sup>7</sup> Para mais informações sobre o caso, veja notícia no *site* Consultor Jurídico: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br).

<sup>8</sup> *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 314.

Complementando o tema, explicita a nova Lei do Mandado de Segurança que a sentença proferida no *mandamus* fará coisa julgada de forma limitada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

### **VII. Prazo de Decadência de 120 Dias - art. 23**

A nova Lei do Mandado de Segurança repete o mesmo prazo decadencial que já existia no art. 18 da Lei 1.533/51. Há doutrinadores que questionam a constitucionalidade desta limitação, como Nelson Nery Junior<sup>9</sup>, que entende que uma lei ordinária não teria legitimidade para restringir garantia instituída pela Constituição Federal.

Todavia, esta questão já está superada pela Súmula 632 do STF, que estatui: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.” Neste sentido, a discussão não merece maiores contornos atualmente, sendo importante no que tange ao prazo somente ressaltar o teor da Súmula 430 do STF: “o pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança”.

### **VIII. Vedação à Interposição de Embargos Infringentes e à Condenação ao Pagamento de Honorários Advocatícios - art. 25**

Considerando que a Lei anterior que regia o mandado de segurança era de 1951, o art. 25 somente positivou súmulas dos Tribunais Superiores que tratavam a matéria desta forma. Sobre a inadmissão de embargos infringentes no mandado de segurança: Súmula 169 (de 22 de outubro de 1996) do STJ e Súmulas 597 (de 15 de dezembro de 1976) e 294 (de 13 de dezembro de 1963) do STF. Sobre a impossibilidade de condenação em honorários advocatícios: Súmulas 105 (de 3 de junho de 1994) do STJ e 512 (de 3 de junho de 1969) do STF.

### **IX. Conclusão**

A nova Lei do Mandado de Segurança, além de incorporar a seu texto decisões judiciais já consolidadas sobre o tema, dá tratamento infraconstitucional específico ao mandado de segurança coletivo e traz alguns aspectos polêmicos, ora tratados.

Como visto, das supostas inconstitucionalidades ou ilegalidades invocadas em artigos e notícias, concordamos somente que a vedação de concessão de liminar em alguns casos não coaduna com nosso ordenamento jurídico, ratificando o citado posicionamento de Nelson Nery Junior.

Todavia, entende-se que esta questão não carece de declaração expressa de inconstitucionalidade já que, como visto em decisão supra transcrita, basta que o magistrado, no caso concreto, afaste a aplicação do art. 7º, parágrafo 2º, da nova Lei do Mandado de Segurança.

Sendo assim, vê-se de forma positiva a edição da nova Lei que, embora tenha os mencionados aspectos polêmicos, permite que os mesmos sejam resolvidos pelos julgadores e, tendo reunido em seu texto posicionamentos já firmados, acaba com discussões esparsas e facilita o trabalho de pesquisa dos operadores do direito.

<sup>9</sup> *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 108.