

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI Nº 12.016./2009)¹

Cristiano Simão Miller²

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade a análise de algumas modificações introduzidas ao mandado de segurança por meio da Lei nº 12.016/2009. Na realidade, o texto consiste em apontamentos iniciais acerca da nova legislação, que disciplina uma das mais relevantes ações do ordenamento jurídico brasileiro, verdadeira garantia expressamente prevista na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE

Mandado de segurança. Legislação. Atualidade

ABSTRACT

The present work aims at the analysis of some modifications to the writ of mandamus by Law nº 12.016/2009. In fact, the initial text consists of notes about the new legislation, which governs one of the most relevant actions of the Brazilian legal system, true guarantee in the Constitution expressly provided.

KEY-WORDS

Writ of mandamus. Legislation. Present

SUMÁRIO

1. Considerações introdutórias. 2. Legitimação ativa. 3. Legitimação passiva. 4. Liminar e as restrições à sua concessão. 5. Possibilidade de o mandado de segurança envolver ato omissivo. 6. Atuação do Ministério Público. 7. Apelação e recurso ordinário. 8. Coisa julgada. 9. Sanções para o caso de descumprimento da ordem judicial. 10. Mandado de segurança coletivo. 11. Referências

¹ Artigo publicado na Revista InterScience Place, v. 15, p. 1-9, 2010 e na Revista Sapientia, v. 3, p. 1-8, 2011.

² Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU) - Direito de Campos, nos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu*). cristianomiller@milleradvocacia.com.br.

1. Considerações introdutórias

Para que se inicie essa breve exposição acerca do mandado de segurança, em especial na nova legislação que disciplina a matéria, importante passarmos, ainda que de forma extremamente sucinta, algumas considerações históricas acerca de tão importante instrumento.

Assim é que, lançando-se os olhos ao passado, é possível perceber que a origem do mandado de segurança reside na necessidade de se ter uma medida judicial capaz de colocar o particular em igualdade de condições diante do Estado.

Com efeito, como o Estado possui atos auto-executórios que se presumem legítimos, e que, portanto, podem interferir na vida do particular com extrema rapidez e violência, razoável seria supor que o particular também tivesse à sua disposição uma ação, com a qual pudesse contrastar, com igual agilidade, uma eventual ilegalidade, abusividade ou arbitrariedade da administração pública.

E, assim, surgiu o mandado de segurança, instrumento criado pelo direito brasileiro com o objetivo de exercer o controle da atividade estatal, com idêntica proporção ao controle exercido pelo poder público sobre o particular.

Atualmente, inúmeras medidas podem ser utilizadas com a finalidade de se exercer, em maior ou menor grau, o controle da atividade estatal. Mas, tradicionalmente, a necessidade desse controle justificou o surgimento do mandado de segurança.

O mandado de segurança, em verdade, tem a sua origem no *habeas corpus*, que se trata de uma ação penal, mas que, inicialmente, também fazia as vezes do que hoje pode ser obtido por intermédio do *mandamus*.

A título de registro, vale mencionar que a nossa primeira constituição (1891), previa em seu art. 72, §22, um *habeas corpus* extremamente amplo, por meio do qual poderia se atacar qualquer ilegalidade ou abusividade praticada pelo poder público.

Desse modo, por intermédio de um esforço de adaptação realizado pela jurisprudência, passou-se a conferir ao *habeas corpus* uma maior abrangência, para que não se deixasse sem remédio certas situações jurídicas que não recebiam guarida nas ações então existentes no ordenamento jurídico brasileiro³.

³ Sobre os antecedentes históricos do mandado de segurança, cf. NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança*. 9ª ed. (atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1-12.

No entanto, como tal utilização ampla do *habeas corpus* não agradava as autoridades da época, em 1926 houve uma emenda constitucional, por meio da qual ficava limitada a utilização do *habeas corpus* aos casos de liberdade de locomoção.

Assim é que, com a referida emenda constitucional, ficaram os particulares sem uma ação judicial que lhes protegesse das ilegalidades e abusividades praticadas pelo poder público.

Diante de tal situação, os estudos começaram a ser desenvolvidos, até que se chegou à Constituição de 1934, quando, então, o mandado de segurança foi, pela primeira vez, expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 1937, por sua vez, não previu o mandado de segurança, que, entretanto, passou a ser disciplinado dentro do Código de Processo Civil de 1939, como uma simples ação de procedimento especial⁴.

A Constituição de 1946, a seu turno, voltou a prever o mandado de segurança, no que foi seguida pelas demais constituições posteriores, até a Constituição de 1988 (art. 5º, LXIX), que ampliou o mandado de segurança, passando também a definir a sua utilização na proteção de direitos coletivos (art. 5º, LXX).

O mandado de segurança, então, após voltar a ser previsto constitucionalmente (1946), passou a ser regulamentado pela Lei nº 1.533/51, cuja vigência se deu até o ano passado, quando entrou em vigor da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009).

E, como se verá adiante, a nova Lei do Mandado de Segurança não tem, em verdade, quase nada de novo. Ela praticamente repetiu a legislação anterior. Quando inovou foi para piorar, na medida em que se mostrou muito mais restritiva do que a anterior.

Antes, porém, de tecermos qualquer comentário acerca da nova legislação, cabe aqui observar que o mandado de segurança, por se tratar de um direito fundamental, sequer precisaria de legislação infraconstitucional que o regulamentasse.

Dessa forma, qualquer leitura que se faça da nova lei do mandado de segurança deve estar devidamente comprometida com o fato de ser o mandado de segurança um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal.

Passemos, então, a fazer breves comentários acerca do mandado de segurança, em especial de sua nova legislação.

⁴ E, como observação do paralelo existente em relação ao *habeas corpus*, cabe registrar que o Código de Processo Penal de 1941, que ainda vige, prevê o *habeas corpus* dentro dos seus procedimentos especiais.

2. Legitimação ativa

Pode impetrar mandado de segurança aquele que, em tese, possua direito líquido e certo violado por um ato ilegal ou abusivo praticado pela autoridade pública.

De imediato, então, surge a indagação: no que consiste um *direito líquido e certo*?

Não obstante e polêmica que ainda envolve o assunto⁵, *direito líquido e certo*, considerando-se os restritos fins aqui propostos, é aquele cujos fatos que o constituíram podem ser demonstrados documentalente. Não significa, necessariamente, a ausência de complexidade, mas sim a possibilidade de os fatos narrados na inicial (e conseqüentemente o direito dali oriundo) poderem ser escancarados por intermédio apenas de prova documental previamente constituída. Exige-se, portanto, no *mandamus*, a chamada *prova pré-constituída*, na medida em que o rito do mandado de segurança não comporta qualquer dilação probatória.

Especificamente quanto à legitimação ativa, a nova legislação não trouxe nenhuma alteração mais substancial, sendo certo que o cabimento do mandado de segurança (assim como já dispõe a Constituição Federal acerca do ponto) dá-se por exclusão.

Em outras palavras, será o caso de se impetrar o mandado de segurança quando o ato a ser atacado não puder desafiar *habeas corpus* ou *habeas data*.

Desse modo, poderá impetrar mandado de segurança tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, sendo irrelevante, a despeito do silêncio da nova lei, a nacionalidade do impetrante⁶.

Em que pese seja o mandado de segurança (assim como as ações de uma forma geral) normalmente impetrado pelo efetivo titular do direito violado ou ameaçado (legitimado ordinário), não se deve olvidar da possibilidade de o *mandamus* ser impetrado, em algumas situações expressamente previstas em lei, por legitimado extraordinário (substituição processual).

⁵ Sobre toda a discussão envolvendo o tema, vale conferir BUZÁID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 82-106; FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25-52.

⁶ Como expõe Cassio Scarpinella Bueno, “a despeito do silêncio da nova lei, outrossim, é irrecusável o entendimento de que a nacionalidade do impetrante, pessoa física ou jurídica, seja indiferente para a impetração, garantida, indistintamente, pelos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10). Sobre a legitimação ativa no mandado de segurança, inclusive com a abordagem da possibilidade de impetração por estrangeiro, cf. FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança, cit.*, p. 60-64.

É o que ocorre na hipótese do §3º, do art. 1º, da Lei 12.016/2009, que manteve a previsão legal anterior de que “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”⁷.

Outra hipótese de legitimação extraordinária (substituição processual) encontra-se prevista no art. 3º da nova lei do mandado de segurança⁸, que também permite a impetração do mandado de segurança por terceiro prejudicado.

Assim é que, em uma típica situação de substituição processual, o terceiro poderá impetrar mandado de segurança em favor do direito alheio, desde que o seu direito (direito do terceiro) decorra de direito não exercido no momento adequado pelo seu titular originário.

Observe-se que, na hipótese, o terceiro não estará no mandado de segurança postulando diretamente a defesa do seu direito, de modo que a situação deve ser encartada dentre aquelas que dizem respeito à substituição processual, por se tratar de legitimação extraordinária.

Ainda quanto à legitimação ativa, cabe a observação de que, em decorrência de previsão contida no art. 10, §2º, da Lei nº 12.016/2009, passou a ser expressamente vedada a formação do litisconsórcio ativo ulterior.

Por evidente, nada obsta haja a formação de litisconsórcio ativo em sede de mandado de segurança. Todavia, tal litisconsórcio deve ser formado desde a impetração do *mandamus*, sendo proibida a sua posterior constituição, para que, com isso, seja preservado o princípio do juiz natural.

3. Legitimação passiva

Ponto também de destaque da nova lei – em que pese tal aspecto já viesse sendo abordado pela doutrina e jurisprudência há algum tempo – envolve o pólo passivo no mandado de segurança.

A pergunta é: quem é réu no mandado de segurança? Isso porque, em verdade, o impetrante visa atacar por meio do mandado de segurança um determinado ato (supostamente ilegal ou abusivo) praticado por uma autoridade pública. Tal autoridade é denominada de

⁷ Tal dispositivo legal, aliás, não obstante seja pouco utilizado na prática, deu origem à Súmula nº 628 do Supremo Tribunal Federal, que possui a seguinte redação: “Integrante de lista de candidatos a determinada vaga da composição de tribunal é parte legítima para impugnar a validade da nomeação de concorrente”.

⁸ Que, nesse ponto, praticamente repete o art. 3º da antiga Lei nº 1.533/51. A única diferença é que a nova lei passou a prever expressamente o prazo certo de 30 dias para que o titular do direito originário impetre o mandado de segurança, sendo certo que a antiga legislação apenas se referia a “prazo razoável”.

autoridade coatora. Mas, enfim, é ela (autoridade coatora) ré no mandado de segurança? Ou será réu a pessoa jurídica a ela vinculada?

O entendimento que prevalecia era de que a autoridade coatora não era ré, sendo tal papel desempenhado pela pessoa jurídica de direito público. Não se tinha, portanto, um litisconsórcio passivo.

A nova legislação, em seu art. 6º, para alguns⁹ teria alterado tal posicionamento, de modo que a autoridade coatora seria, a partir de agora, considerada ré juntamente com a pessoa jurídica.

Não é esse, porém, o posicionamento que se tem visto na maioria da doutrina que vem se encarregando de comentar a nova lei do mandado de segurança¹⁰. Em outras palavras, continua a prevalecer o entendimento de que a autoridade coatora não é ré no mandado de segurança, embora alguns direitos tenham lhe sido agora expressamente garantidos – como se constata no direito de recorrer, previsto no art. 14, §2º¹¹.

Aliás, ponto difícil, na prática, envolvendo o mandado de segurança diz respeito à identificação da autoridade coatora. Pode ser que, em determinada situação, tenha-se dificuldade em identificar quem efetivamente praticou determinado ato coator.

E, aqui, a lei nova perdeu uma grande oportunidade de melhor enfrentar a questão. Isso porque o art. 6º, §4º, que expressamente previa a possibilidade de se corrigir a autoridade coatora acabou vetado.

Com isso, o problema prático continua, ou seja, eventual indicação equivocada da autoridade coatora ensejará a extinção do processo sem a resolução do mérito – a não ser que se aplique subsidiariamente, como parece ser recomendável, o art. 284, do CPC, permitindo-se, com isso, da mesma forma, a emenda da inicial.

⁹ É o que pensa, por exemplo, BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*, cit., p. 37-38.

¹⁰ Cf., por todos, MEDINA, José Miguel Garcia e 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. 45-48.

¹¹ Mas que, na hipótese, decorre da legitimação recursal do terceiro prejudicado.

Sobre o ponto – e com o objetivo de evitar a extinção do processo por indicação equivocada da autoridade coatora – o STJ vem entendendo pela aplicabilidade da chamada *teoria da encampação* no âmbito do mandado de segurança¹².

Por meio de tal teoria, caso a autoridade coatora se diga ilegítima, mas, ao mesmo tempo, venha a defender o ato, dizendo que tem posição hierárquica para a sua prática – e caso isso não venha a significar modificação de competência –, considerar-se-á superado o problema.

4. Liminar e as restrições à sua concessão

Ponto importante em se tratando de mandado de segurança é a possibilidade de se ter a concessão da liminar.

Aliás, a liminar está intimamente ligada a todo e qualquer caso de mandado de segurança, de modo que, em regra, sempre se pede a concessão de liminar em mandado de segurança – e, mesmo quando não se pede (o que é raro, na prática), fica o juiz autorizado a conceder a liminar de ofício, conforme entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência.

E aqui a lei nova piorou o que antes existia.

Isso porque, em seu art. 7º, III, incluiu, na parte final, a possibilidade de o juiz condicionar o deferimento da liminar ao oferecimento de caução, fiança ou depósito pelo impetrante.

Trata-se de dispositivo legal de constitucionalidade ao menos discutível, na medida em que, por meio de legislação infraconstitucional, impõe verdadeira condição à

¹² “MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO REFERIDO MINISTÉRIO. SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 28,86%. 1. Se o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, autoridade hierarquicamente superior ao Secretário de Recursos Humanos do Ministério, defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações nos autos do mandado de segurança, torna-se legitimado para figurar no pólo passivo do writ. Precedentes. 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança contra ato omissivo continuado, que se renova seguidamente. 3. Os impetrantes, servidores públicos federais do quadro do extinto Território de Roraima, que exercem cargos da Polícia Civil do atual Estado Membro da Federação, e foram equiparados aos Policiais Federais, têm direito ao reajuste de 28,86%, em atenção ao disposto na Medida Provisória nº 1.704, de 30 de junho de 1998. 4. Apenas os aumentos concedidos pelas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93 podem ser compensados com o reajuste de 28,86%, de modo que os aumentos posteriores, a título de progressão funcional ou reorganização da carreira dos servidores, não devem ser considerados para eventual compensação com o mencionado reajuste. 5. Segurança concedida.” (MS 12230 / DF – 3ª Seção do STJ, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 23.06.2010, DJe de 02.08.2010).

concessão da segurança, restrição que não condiz com o *status* de garantia constitucional do mandado de segurança¹³.

Ainda quanto à liminar, surge outro ponto inovador, desta vez de forma benéfica. É que o legislador passou a prever, de maneira expressa (art. 7º, §1º), o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão judicial que conceder ou negar a liminar (e, sendo caso de competência originária do Tribunal, o recurso a ser interposto contra a decisão monocrática do relator é o agravo interno, nos termos do art. 16, parágrafo único).

Embora tal aspecto da recorribilidade parecesse óbvio – em razão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao mandado de segurança – o certo é que vários tribunais vinham se posicionando (ainda na vigência da lei anterior) pela irreCORribilidade da decisão liminar¹⁴, pelo frágil argumento de que a lei do mandado de segurança não previa recurso para tal situação.

Desse modo, a lei nova serviu para deixar indiscutível o cabimento de recurso contra decisão liminar (seja positiva ou negativa).

Outra absurda restrição à concessão da liminar é observada no §2º, do art. 7º, que veda a concessão da liminar em casos de compensação, entrega de mercadorias e bens vindos do exterior e pagamento de funcionário público.

Trata-se de artigo que igualmente se apresenta como inconstitucional¹⁵, vez que afronta flagrantemente o art. 5º, XXXV, da CF (a lei não excluirá do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça ao direito), na medida em que retira a possibilidade de o Judiciário apreciar determinadas questões em sede de liminar.

¹³ Assim não pensa, contudo, Cassio Scarpinella Bueno, para quem “o que o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, possa impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado”, o que, para o autor, estaria inserido no “poder-dever de cautela”, que também teria, para ele, estatura constitucional (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*, cit., p. 42).

¹⁴ “MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - FGTS - RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO. I - NÃO CABE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, SOBRETUDO POR HAVER OUTRO MEIO PARA EVITAR QUALQUER ABUSO NA CONCESSÃO. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO.” (AI 93.02.09741-2 – 1ª Turma do TRF da 2ª Região, relator Juiz Júlio César Martins, julgamento em 08.09.1993, DJ de 05.10.1993).

¹⁵ Vicente Greco Filho sustenta que “não se pode dizer que a norma seja inconstitucional, mas se, no caso concreto, vier a obstar a garantia do instrumento constitucional da tutela de direitos não pode ser exigida, como, por exemplo, se o impetrante for pobre e não puder prestar caução, fiança ou fazer depósito de qualquer quantia” (GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à lei n. 12.106, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31).

Todavia, cabe registrar que o STF, ao julgar a ADC nº 4¹⁶, considerou constitucional o art. 1º, da Lei nº 9.494/97 – que, da mesma forma, trazia hipóteses em que se restringia a concessão de liminar (no caso, tutela antecipada).

Destarte, em que pese a inconstitucionalidade acima apontada, já é possível prever como se posicionará o STF na ADIN nº 4296¹⁷, que foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, em setembro de 2009, atacando este e outros dispositivos da nova lei do mandado de segurança.

5. Possibilidade de o mandado de segurança envolver ato omissivo

Ainda a respeito do art. 7º, III, antes referido para abordar o tema da liminar, cumpre observar que o legislador – repetindo falha já existente na legislação anterior – continuou a tratar apenas da possibilidade de a decisão judicial vir a “suspender” o ato coator, esquecendo-se, portanto, das inúmeras situações em que a ilegalidade ou abusividade por parte do Poder Público encontra-se exatamente na ausência da prática de um ato que deveria ser praticado.

Todavia, inobstante a inexistência de previsão expressa, é importante destacar que dúvidas não restam de que o mandado de segurança serve tanto para atacar ato comissivo como ato omissivo¹⁸ – sem se esquecer do mandado de segurança preventivo, por meio do qual se pretende evitar que o ato seja praticado¹⁹.

6. Atuação do Ministério Público

A atuação do Ministério Público, na ação de mandado de segurança, não sofreu maiores modificações com a legislação nova.

Todavia, o art. 12 da Lei nº 12.016/2009 trouxe duas pequenas alterações quanto a tal ponto: i) o prazo para a manifestação passou de 5 para 10 dias; ii) tornou expresso na lei um entendimento que já vinha se sedimentando na doutrina e na jurisprudência, segundo o qual, para afastar a nulidade, basta que o Ministério Público seja intimado, não se exigindo,

¹⁶ Em julgamento que, embora tenha sido concluído em 01.10.2008, não teve o seu acórdão publicado até o momento da presente palestra. Foi a ADC julgada procedente, por 10 votos contra 1 (voto vencido do Min. Marco Aurélio).

¹⁷ Cujas liminares não foram deferidas.

¹⁸ Cf., dentre outros, MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”. 16ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Malheiros, 1995, p. 26; BUZÁID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, cit., p. 114-115.

¹⁹ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 78-79.

portanto, a sua efetiva atuação, mormente naqueles casos em que eventualmente não for identificado interesse público envolvido. Com efeito, obrigatória é apenas a intimação no Ministério Público, para que o *parquet*, caso entenda ser necessário (havendo interesse público) intervenha no feito²⁰.

7. Apelação e recurso ordinário

Nesse ponto, a única novidade é a prevista no art. 14, §2º, que estabelece a possibilidade de a autoridade coatora recorrer. Trata-se de dispositivo que, na verdade, aborda tema que consagra posicionamento que há muito era defendido na doutrina.

Aliás, sobre tal dispositivo legal, cabe registrar que também há ADIN atacando a sua inconstitucionalidade. Com efeito, encontra-se em andamento a ADIN nº 4403²¹, proposta pelo Conselho Federal de OAB, em abril de 2010, sustentando, em síntese, que, ao se estender o direito de recorrer para a autoridade coatora, estará sendo usurpada uma função indispensável do advogado na administração da justiça (art. 133, da CF).

Mas, afora a expressa autorização para que a autoridade coatora possa recorrer (art. 14, §2º) – o que o fará, repita-se, na condição de terceiro prejudicado, vez que não é ela (autoridade coatora) parte no mandado de segurança –, não houve modificação significativa envolvendo os recursos interpostos contra a sentença ou contra o acórdão (nos casos de competência originária do tribunal) no mandado de segurança.

Todavia, acerca da recorribilidade contra o julgamento final no mandado de segurança, aqui merecem ser lembrados dois aspectos importantes:

²⁰ Sobre o ponto, vale mencionar que a Recomendação nº 16/2010 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) é no sentido de que é “desnecessária” a intervenção ministerial, dentre outros casos, em mandados de segurança. Tal recomendação, aliás, merece elogio, vez que a atuação do Ministério Público, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, passou a ficar voltada para a defesa da sociedade, naquelas hipóteses em que haja *interesse público primário*. Dessa forma, mostra-se pertinente a interpretação do art. 12, da Lei nº 12.016/2009, de modo a não tornar obrigatória a efetiva participação do Ministério Público em todos os casos de mandado de segurança.

²¹ Aqui também a liminar não foi deferida.

1) Os efeitos da apelação variam de acordo com o resultado da sentença. Assim é que, sendo a sentença concessiva da ordem, o recurso que vier a ser apresentado pela autoridade coatora ou pela pessoa jurídica a ela vinculada somente terá efeito devolutivo (podendo a sentença, portanto, ser executada de imediato). Quando o recurso for interposto pelo impetrante, será recebido tanto no efeito devolutivo quanto no efeito suspensivo²²⁻²³.

2) O recurso ordinário somente pode ser interposto pelo impetrante. Nos termos do art. 18 (que é reforçado pelo art. 539, do CPC), somente haverá possibilidade de se interpor recurso ordinário quanto o julgamento denegar a ordem pleiteada pelo impetrante, de modo que tal via recursal não se põe à disposição da autoridade coatora e nem da pessoa jurídica de direito público a ela vinculada.

8. Coisa julgada

Quanto à coisa julgada, a nova lei, em seu art. 6º, §6º, assim como no art. 19, deixou a questão mais clara, em que pese não tenha trazido efetivamente nenhuma novidade.

Assim é que, da mesma forma como acontece com as demais ações, havendo julgamento do mérito no mandado de segurança, será alcançada a coisa julgada material, vedando-se, por conseguinte, seja a matéria novamente discutida no futuro.

Mas, por outro lado, caso não seja julgado o mérito – sendo, portanto, prolatada uma *sentença terminativa* no mandado de segurança –, nada impede que se tenha a propositura de uma nova ação para a discussão da mesma matéria. Registre-se, ademais, que, em tal hipótese, a *nova ação* a ser proposta pode, inclusive, ser um novo mandado de segurança, desde que, para tanto, ainda se esteja dentro do prazo decadencial de 120 dias.

²² Nesse sentido, firme é a posição defendida por Cassio Scarpinella Bueno, que, após sustentar que a ausência de efeito suspensivo (prevista no §3º, do art. 14, da Lei nº 12.016/2009) apenas se refere à sentença concessiva da ordem, afirma que, em virtude da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, deve haver, na hipótese de denegação da segurança, integral aplicação da regra prevista no *caput* do art. 520, do Código de Processo Civil, sendo, assim, conferido efeito suspensivo ao recurso (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*, cit., p. 81-82).

²³ Todavia, não pode ser omitida a existência de forte posicionamento em sentido contrário. Na verdade, a dúvida surge em decorrência do fato de a sentença denegatória possuir natureza declaratória negativa. Assim, segundo argumenta a doutrina, não há que se falar em suspensão de efeitos negativos. Em outras palavras, para boa parte da doutrina, ao se suspender a eficácia da sentença, estará sendo, da mesma forma, tido como legal e não arbitrário (portanto, absolutamente válido e executável) o ato inicialmente apontado como coator. Sobre o ponto, vide Nelson Nery Jr., para quem o recurso ordinário “não necessita de efeito suspensivo, já que cabível apenas do acórdão que denega mandado de segurança, decisão essa de caráter declaratório negativo, insuscetível de terem esses efeitos negativos suspensos” (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 449).

9. Sanções para o caso de descumprimento da ordem judicial

Outra novidade da Lei nº 12.016/2009 refere-se à previsão expressa, no art. 26, da configuração do *crime de desobediência* para a hipótese de não cumprimento das decisões proferidas em sede de mandado de segurança.

Inobstante seja boa a alteração ora referida, deve ser salientado que, além de tal sanção, mostram-se perfeitamente possíveis de aplicação quaisquer das medidas previstas no art. 461, do CPC, inclusive a multa pecuniária, sempre com o intuito de se conferir maior efetividade às decisões judiciais, em especial aquelas proferidas em sede de mandado de segurança²⁴.

10. Mandado de segurança coletivo

Como últimas observações, destacamos a inserção, na nova lei do mandado de segurança, de regras acerca do mandado de segurança coletivo (art. 21 e 22).

São regras, em geral, bastante ruins. E podemos destacar três pontos específicos para demonstrar tal equivocidade da lei:

1) A lei, sem qualquer justificativa, excluiu a possibilidade de se impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de interesses difusos (art. 21, parágrafo único).

Por evidente, a legislação não pode impor uma limitação que não existe no texto constitucional. Dessa forma, e por uma interpretação conforme a constituição, não resta dúvida de que o mandado de segurança coletivo pode tanto envolver direitos difusos, coletivo *stricto sensu* e individuais homogêneos.

2) Outra falha envolve a definição dos legitimados à impetração do mandado de segurança coletivo (art. 21).

O legislador aqui repetiu o art. 5º, LXX, da CF. Todavia, já estava pacificado o entendimento de que a CF trazia a previsão mínima dos legitimados para a impetração do

²⁴ Nesse sentido tem se posicionado de forma tranquila a jurisprudência, podendo ser mencionado a título de exemplo o AgRg no REsp 1046283/RS, 2ª Turma do STJ, relator Ministro Castro Meira, julgado em 19.06.2008, DJe 06.08.2008, com a seguinte ementa: “DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.ART. 461, CAPUT E § 5º, DO CPC. 1. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem com as peculiaridades de cada caso concreto.2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC.3. Agravo regimental não provido.”

mandado de segurança coletivo. Assim é que, por exemplo, ponto que já se encontrava bem tranquilo era a legitimação do Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo. E a lei nova não inclui o Ministério Público como legitimado.

3) Outro ponto negativo envolvendo o mandado de segurança coletivo é a regra prevista no art. 22, §1º. Trata-se de regra que aborda a existência simultânea de mandado de segurança coletivo e individual.

Tal dispositivo exige que o impetrante de *writ* individual, caso queira se beneficiar de eventual coisa julgada no *mandamus* coletivo, desista do seu mandado de segurança. Ou seja, aqui, diferente do que se vê nas ações coletivas de uma forma geral, a ação individual não ficará suspensa (aguardando o desfecho da ação coletiva), mas sim será extinta, tendo em vista a desistência. Desse modo, caso, por exemplo, o impetrante individual desista da sua ação (para aderir ao julgamento da ação coletiva) e vindo a ser denegada a ordem no mandado de segurança coletivo (com julgamento do mérito), terá ele sofrido os efeitos negativos da coisa julgada, sem poder dar continuidade à sua ação individual. Vê-se que se tem, na hipótese, uma verdadeira armadilha.

11. Referências

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à lei n. 12.106, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia e 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”*. 16ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Malheiros, 1995.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança*. 9ª ed. (atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 1987.