



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

14/09/2009 17:37 114761



“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido (...). A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentre dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. (...) Onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curva-se à última, e não à primeira”¹

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB, por seu Presidente, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária tomada nos autos do processo nº 2009.18.06502-01 – Conselho Pleno (certidão anexa), propor

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO CAUTELAR

¹ Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist Papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981. O *Federalista* n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, p. 226 e s..



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

em face d a) **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; b) **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; c) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes; todos órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração da **Lei nº 12.016, de 07/08/2009, publicada no Diário Oficial da União em 10/08/2009**, pelos seguintes fundamentos:

1 - DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO:

A Lei nº 12.016/2009 disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências. Eis o seu teor dos dispositivos ora questionados, conforme negrito:

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

(...)

§ 2o Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

(...)

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

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

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

(...)

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

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

(...)

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

(...) (Grifos não constantes do original).

Ao disciplinar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança, individual e coletivo, o legislador não preservou a amplitude da ação de natureza constitucional, tendo o ato normativo ora impugnado, pois, violado a Constituição Federal, na medida em que o apequenou por razões meramente de proteção ao poder público e de suas autoridades.

O diploma legal recém editado, com todo respeito, estabeleceu severas limitações para o uso de um instituto essencial para a proteção dos direitos individuais e coletivos, daí por que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparece ao guardião da Carta Magna, para impugnar alguns dispositivos da Lei nº 12.016/2009, como adiante será demonstrado.

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos normativos combatidos.

2 - FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Como se sabe, o Mandado de Segurança é um remédio constitucional de proteção da pessoa física ou jurídica contra atos ilegais ou arbitrários do poder público, cujas origens se assemelham com o ‘mandamus’ Inglês, o ‘writ’ Norte-americano e com o ‘juicio de amparo’ Mexicano.

Sua previsão no ordenamento jurídico nacional nasceu com a Constituição de 16 de julho de 1934, art. 113, nº 33, e desde então sempre possuiu *status* constitucional, excetuando-se a Carta do Estado Novo de 1937.

Doutrina e jurisprudência sempre o defenderam no sentido de máxima eficácia, não devendo sofrer amesquinamento por parte da legislação, na expressão do inciso LXIX do art. 5º da Carta Magna como direito e garantia fundamental.

Hely Lopes Meireles o define como ‘meio constitucional posto a disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça’², enquanto que Alfredo Buzaid apontava que sua ‘característica fundamental consiste na possibilidade de compelir a autoridade pública a praticar ou deixar de praticar algum ato’³.

Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Melo (Ato Coator, Mandado de Segurança, Porto Alegre, 1986), o Mandado de Segurança tem ‘*cunho específico constitucional de realização completa ou de proteção completa de objetivos transfundidos no Estado de Direito.*’.

Tal definição, é natural, decorre do reconhecimento que direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração, daí a Constituição Federal o prever como remédio cuja tutela não seja amparada por habeas corpus e habeas data.

² MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – ‘Habeas Data’ – 27ª ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2004.

³ BUZAID, Alfredo. Do Mandado de Segurança, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1989.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Como chegou a anotar a respeito do mandado de segurança, tal como previsto pela Constituição de 1988, o Professor José Carlos Barbosa Moreira⁴, “... agora, embora conservando a sua função de garantia aplicável à defesa dos direitos individuais, o mandado de segurança vê ampliada, alargada, a sua fisionomia, para abranger também a figura nova do mandado de segurança coletivo, destinado à proteção já não mais de direitos pertencentes a esta ou aquela pessoa, a este ou aquele indivíduo, senão de direitos pertencentes à coletividade”.

Além disso, e considerando a sedimentação do entendimento acerca da supremacia da Constituição Federal, e dos remédios constitucionais nela previstos, lembre-se as palavras do Eminentíssimo Min. Carlos Velloso em brilhante conferência proferida em Paris no Colloque ‘La Nouvelle Republique’, reproduzido pela Revista de Direito Público (nº 92, p. 43 e SS), a saber:

“(...)

O princípio da supremacia da Constituição constitui, segundo Pinto Ferreira, o alicerce ‘em que se assenta o edifício do moderno direito político’.

É que as normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas, e essa preeminência é que vai constituir o princípio da supremacia ou da superioridade da Constituição.

‘Na verdade’ – leciona Pinto Ferreira – ‘todas as Constituições sejam elas rígidas ou flexíveis, escritas ou costumeiras, estão dotadas dessa preeminência diante da vida jurídica do país. (Controle da Constitucionalidade da Constituição Brasileira de 1988).

(...)”

Tem o ‘writ’, pois, dignidade superior, a ele não se podendo conferir tratamento legal que não seja mesuroso a essa sua especial posição e qualidade, razão pela qual a Lei 12.016/2009 tem natureza claramente restritiva dos efeitos de norma constitucional que, por disponibilizar instrumento indispensável à garantia de direitos dos individuais e coletivos, há de possuir eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Impõe-se, como é de farta sabença, exegese lógico-sistemática que prestigie o texto constitucional e que lhe confira a máxima eficácia, de modo a proteger as garantias dos cidadãos e da coletividade contra o uso desmedido do poder. A Lei 12.016/2009 – que é lei ordinária – fez exatamente o contrário: restringiu o uso, em

⁴ Palestra proferida, em seminário sobre Mandado de Segurança. Realizado, em 1994, em homenagem ao Professor Celso Agrícola Barbi (transformada em artigo publicado no livro “Mandado de Segurança”, Ed. Del Rey, BH, 1996, ps. 73 a 89).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

muitas de suas dimensões, de instituto de natureza constitucional e manejável exatamente contra atos ilegais e abusivos da autoridade pública.

É dizer, em outras palavras, a supremacia da Constituição Federal sobre o restante do ordenamento jurídico, de modo que as leis que dela emanam lhe devem obediência, sendo imperioso impedir a eficácia de alguns dos dispositivos da Lei nº 12.016/2009, vez que tais preceitos destoam flagrantemente do mandamento constitucional, vejamos:

2.1 - DA INCOMPATIBILIDADE DO § 2º DO ART. 1º - ATOS DE GESTÃO:

A Constituição Federal, ao discorrer sobre as hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança, não delimitou seu foco de abrangência, só restringindo sua utilização às hipóteses em que o ato de autoridade não seja atacado por meio de habeas corpus e habeas data, não cabendo ao legislador o fazê-lo, sob pena de retirar do comando constitucional a máxima eficácia do dispositivo. Eis seu inteiro teor:

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

No entanto, o § 2º do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, abaixo transcrito, prevê o não cabimento do remédio constitucional contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, o que nos afigura inconstitucional por ter o legislador restringido, sem a devida razoabilidade, a possibilidade de utilização dessa via heróica.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Ora, o texto constitucional assegura o cabimento de mandado de segurança como instrumento de ataque contra atos ou condutas ilegais atribuídas ao poder público, tendo tal expressão sentido amplo e abrange tanto os atos e condutas atribuídos a autoridade pública, ou seja, aquelas pessoas investidas diretamente em função pública, quanto a atos e condutas de agentes de pessoas jurídicas, ainda que privadas, com função delegada, isto é, no exercício de funções que originariamente pertencem ao poder público.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Não se desconhece que tanto a doutrina quanto a jurisprudência distinguem bem, há tempos, esses atos, editados que são na esfera da mera administração privada de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou de concessionárias de serviço público.

De ver, todavia, que podem existir hipóteses em que essa mera “gestão privada” pode importar a prática de atos claramente abusivos ou ilegais, ofensivos, por exemplo, de direitos e interesses da comunidade administrada. Revela-se, assim, como meio de limitação ao exercício da autoridade pública, assegurando-se sua utilização em termos amplos contra os atos ilegais ou abusivos, cuja natureza mandamental destina-se à obtenção de provimentos jurisdicionais declaratórios ou constitutivos negativos ou positivos.

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

Isso porque a impetração destina-se a atacar a ação ou omissão que configurem ilegalidade ou abuso de poder, cuja tutela jurisdicional objetiva proteger não apenas os casos de vício do exercício da competência vinculada, mas, também, no caso de defeito no desempenho da competência discricionária.

O núcleo tangível, desse modo, reside na ilegalidade ou abusividade do ato de autoridade, desimportando para o Constituinte outras considerações acerca da natureza do ato, ou seja, se administrativo ou de gestão comercial, donde se conclui a impossibilidade da lei estabelecer restrição que a Carta Maior assim não o previu.

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

Esse C. STF, inclusive, já assentou que:

"Mandado de segurança. Habeas data. CF, art. 5º, LXIX e LXXII. Lei 9.507/97, art. 7º, I. O habeas data tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

administrativo (CF, art. 5º, LXXII, a e b). No caso, visa a segurança ao fornecimento ao impetrante da identidade dos autores de agressões e denúncias que lhe foram feitas. A segurança, em tal caso, é meio adequado. Precedente do STF: MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso, Plenário, 3-12-03, DJ de 23-4-04." (RMS 24.617, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-5-05, 2ª Turma, DJ de 10-6-05)

"Com a cessação, em 1926, da doutrina brasileira do habeas corpus, a destinação constitucional do remédio heróico restringiu-se, no campo de sua específica projeção, ao plano da estreita tutela da imediata liberdade física de ir, vir e permanecer dos indivíduos, pertencendo, residualmente, ao âmbito do mandado de segurança, a tutela jurisdicional contra ofensas que desrespeitem os demais direitos líquidos e certos, mesmo quando tais situações de ilicitude ou de abuso de poder venham a afetar, ainda que obliquamente, a liberdade de locomoção física das pessoas. O remédio constitucional do habeas corpus, em conseqüência, não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (a proteção da relação de confidencialidade entre Advogado e cliente, no caso), não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do habeas corpus, cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Doutrina. Precedentes." (HC 83.966-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-04, 1ª Turma, DJ de 25-11-05) (grifo não constante do original).

Veja-se, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça – STJ já reconheceu o cabimento de mandado de segurança contra ato de gerente regional de concessionária de energia elétrica, como consta no RESP 457.716/MT:

Processo: REsp 457716 / MT - RECURSO ESPECIAL - 2002/0100494-3

Relator(a): Ministro FRANCIULLI NETTO (1117)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 10/06/2003

Data da Publicação/Fonte: DJ 08/09/2003 p. 291

Ementa

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS “A” E “C” – ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA –



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE REPRESENTANTE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

É consabido que a concessão consiste na delegação da prestação do serviço público pelo poder concedente, mediante licitação, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para o desempenho da atividade (art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95).

A empresa concessionária exerce, portanto, atividade tipicamente estatal, pelo que se entende legítima a impugnação de ato praticado por seus representantes por meio de mandado de segurança. Iterativos precedentes. Divergência jurisprudencial notória. Recurso especial provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

O legislador, assim, não podia restringir as hipóteses de cabimento do mandado de segurança quando a Constituição Federal assim não o fez, de modo que tal limitação revela-se inconstitucional e incompatível com a Carta Maior.

É bem verdade, por outro lado, que a jurisprudência desse C. STF já se consolidou acerca do **não** cabimento de mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266), decisão judicial passível de recurso ou correição (Súmula 267), bem assim contra a coisa julgada (Súmula 268), não sendo a via heróica substituto de ação de cobrança (Súmula 269) ou, ainda, instrumento adequado contra atos 'interna corporis', dentre outras, 'ex vi', Súmulas nº 101, 270, 271, 625 e 632.

Todavia, **em momento algum pode o legislador introduzir assuntos que limitam a eficácia máxima da ação mandamental**, sobretudo porque retira do campo de atuação do Poder Judiciária a possibilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito quando se trata de atos de gestão comercial.

A natureza mandamental desse instrumento justifica a produção da suspensão imediata dos efeitos do ato atacado ou a emissão de ordem liminar de outra natureza, sempre que a demora até o proferimento da decisão final der oportunidade à consumação de danos irreparáveis ou de difícil reparação, daí a impossibilidade de limitação do campo de abrangência da via heróica.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O dispositivo em foco, assim, ofende a literalidade do art. 5º, LXIX, ao obstar o conteúdo protetivo da ação mandamental, limitando, pois, a eficácia máxima do remédio heróico.

Igualmente, retira da independência e autonomia do Poder Judiciário a possibilidade de conhecimento de lesão ou ameaça a direitos decorrentes de atos de gestão comercial, o que importa em vulneração aos artigos 2º e 5º, XXXV, da Carta da República.

O Poder Executivo, ao editar a combatida Lei nº 12.016/09, art. 1º, § 2º, intrometeu-se na forma processual de agir do Poder Judiciário, retirando dele a possibilidade de controle judicial de atos do poder público, tidos como ilegais ou abusivos, notadamente porque cabe ao mesmo exercer a jurisdição de forma plena, na concepção de que esta consiste no poder de dizer o direito aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com força institucional do Estado.

É valiosa, pois, a manifestação do Eminentíssimo Min. Celso de Melo, a saber:

"Mandado de segurança – Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República – Demissão qualificada – Admissibilidade do mandado de segurança – Preliminar rejeitada – Processo administrativo-disciplinar – Garantia do contraditório e da plenitude de defesa – Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial – Validade do ato demissório – Segurança denegada. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo. O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo.

A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse writ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública." (MS 20.999, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-3-90, Plenário, DJ de 25-5-90)

Ao cercear, portanto, a possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, dos atos de gestão comercial a que se refere o dispositivo, é indubitosa a inconstitucionalidade perpetrada, mote pelo qual o Poder Executivo quedou a harmonia e independência entre os Poderes.

Imperioso, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 1º, impondo, de conseqüência, a suspensão de sua eficácia.

Alternativamente, e considerando que o Estado publiciza tudo o que toca, é certo que os dirigentes de uma sociedade de economia mista, que fazem as vezes da autoridade, lidam com recursos que não são só privados e, neste caso, vê-se necessário que a Suprema Corte dê ao dispositivo, ao menos, interpretação compatível com a Lei Suprema, de modo a declarar a sua inconstitucionalidade sem redução de texto.

2.2 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ART. 7º - EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO, FIANÇA OU DEPÓSITO:

Com efeito, o dispositivo em tela, abaixo transcrito, faculta ao Juiz condicionar o deferimento da liminar, exigindo, do impetrante, caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, previsão essa não contida na anterior Lei nº 1.533/51.

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

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

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

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

O eminente Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, respaldado em expressivos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sempre defendeu a inadmissibilidade de exigência de caução para fins de concessão da liminar⁵, o que foi igualmente defendido por CASSIO SCARPINELLA BUENO⁶.

A questão nodal, assim, reside na premissa de que a exigência de caução, fiança ou depósito, minimiza e amesquinha o postulado constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), porquanto o direito à tutela efetiva e à proteção adequada são universalmente reconhecidos.

É dizer, de outro modo, **que basta a relevância do fundamento e o risco de prejuízo irreparável**, cabendo ao Poder Judiciário a salvaguarda do direito líquido e certo do impetrante e sem criar um verdadeiro ‘apartheid’ social, conforme consta:

Presentes os pressupostos da liminar, o juiz é obrigado a concedê-la, vedada a imposição de caução, como já decidiu inúmeras vezes o Superior Tribunal de Justiça, pois a imposição de realização de depósito implica no indeferimento da liminar (RMS 3042-8/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, RDR 2/184; RESP 47818/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 15.6.98, p.99).

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal⁷, em valiosa contribuição para o tema, assentou que:

⁵ Manual do Mandado de Segurança, 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, PP. 129/131.

⁶ Mandado de Segurança, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, PP. 99/100, n° 10.

⁷ BUENO VIDIGAL, Luis Eulalio de. Mandado de Segurança. São Paulo: 1953.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. O. J.

“Um remédio que cabe ao particular para anular as medidas de execução, possessórias ou acautelatórias, que a administração pode, sem intervenção judicial efetivar. O mandado de segurança é, para usar de uma metáfora, o antídoto dessas medidas e por ser uma contramedida de execução é que se denomina mandado de segurança”

Sobre a essencialidade da medida liminar para a ação mandamental, outrossim, discorre autorizada doutrina, vejamos:

“Não obstante essa tradição da Constituição brasileira de não prever a concessão expressa de liminar no âmbito do writ, é incontroverso que a liminar é inerente ao instituto do mandado de segurança. De nada adiantaria ele ser um instrumento de garantia contra atos ilegais de autoridade pública se muitas vezes, ao final, a prestação jurisdicional se apresentasse totalmente ineficaz”⁸

“Em quase cem por cento dos casos, quem impetra uma segurança quer medida liminar”⁹

De fato, a concessão de uma liminar em ação mandamental por parte de qualquer autoridade judiciária não tem a intenção nem o objetivo de prejudicar ou dilapidar o erário, mas sim resguardar os direitos vilipendiados pelas autoridades públicas, de modo que quando o juiz concede uma liminar é porque chegou à conclusão de que o ato lesivo ao direito do cidadão foi flagrantemente violado, existindo aí a certeza da ofensa ao direito e o perigo que corre o jurisdicionado na demora da decisão última do Judiciário.

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

Sequer é possível imaginar, nos dias atuais e considerando a prática forense diuturna, que os jurisdicionados teriam condições de oferecer garantias, seja de quaisquer naturezas (fidejussórias ou reais), para obtenção de provimento jurisdicional mandamental, sendo de clareza solar que o dispositivo em foco ofende a literalidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, na exata dicção do art. 5º, XXXV, da CF/88.

Esse Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1576, manifestou-se no sentido da inconstitucionalidade de lei que versasse sobre

⁸ ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manual de. *Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança*, RP 39/16-26.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

exigência de caução para fins de concessão de liminares, valendo trazer à colação trechos do voto do Eminente Min. NERI DA SILVEIRA, a saber:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente.
Parece-me que esta ação direta de inconstitucionalidade, contra a Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997, traz à consideração da Corte matéria de altíssima relevância, em face do sistema constitucional vigente.

Todos sabemos que há relação de implicação entre Constituição e processo. Dentro de um regime constitucional democrático - como é o nosso -, não se pode deixar de ter presente o processo, enquanto instrumento indispensável à administração e realização da Justiça, à busca da verdade nos conflitos de interesses, bem assim enquanto meio de efetiva garantia da liberdade, da defesa dos direitos violados ou ameaçados e, ainda, de ação política estatal.

De igual modo, não é cabível visualizar o processo - daí a relação de implicação - senão a partir das linhas fundamentais que o ordenamento constitucional lhe confere, da conformação que o Estatuto Maior empresta a seus institutos básicos e ao respectivo funcionamento.

Como anotou Habscheid, sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do Direito Processual. Na esteira desse pensamento, é que disse Cândido Dinamarco:

J. Néri

"O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultuar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perene nos princípios é a idéia mestra que cada um contém. E eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço. No tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional."



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

De outra parte, assenta o sistema jurídico que nos serviu de modelo há mais de um século, ao implantar-se a República, no princípio da supremacia da Constituição, à qual se subordinam todos os Poderes, que nela vêm definidos os respectivos limites, e, por igual, assenta no postulado da independência do Judiciário, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa eminente de proceder à revisão das leis diante da Constituição, anulando-as quando com esta incompatíveis. Tal competência, para operar acerca da lei e dos atos de governo, a chamada revisão judicial, revela manifesto poder político, porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, cumpre entender inafastavelmente estar presente, também, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade.

Bem de compreender, destarte, é que essa dimensão política do Judiciário, onde consagrado o controle judicial da constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional e do Governo, confere-lhe a inequívoca nota de independência e proclama que a atividade jurisdicional não é simples atividade jurídica.

J. Neri

Esses dois pontos, Sr. Presidente, levam-me a uma reflexão em torno do caso concreto. É que, em verdade, o art. 1º, da Medida Provisória 1.570/97, determina a aplicação à tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461, do Código de Processo Civil - portanto, a tutela genérica e a tutela específica - do disposto em normas vigentes, que concernem, basicamente, ao mandado de segurança, e demais normas que estipulam, quanto ao mandado de segurança, a não execução imediata daquilo que decidido, tendo em conta o objeto da decisão, eis que essas normas, referidas no contexto do citado art. 1º, concernem, basicamente, à determinação de que não se faça o pagamento de vantagens a servidores, concedidas em mandado de segurança, decorrentes de reclassificação ou de ações em geral, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão. Quer dizer, essas normas retiram do mandado de segurança aquele caráter de executoriedade imediata da decisão concessiva do writ.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Prossegue o eminente Ministro, especialmente ao diferenciar tais institutos de natureza acautelatória da ação mandamental, cuja transcrição 'permissa venia', vale trazer:

Na espécie, proíbe-se que seja concedida medida liminar. É forma de restrição de atos do Poder Judiciário. Certo está, entretanto, que, em princípio, se for norma processual, pode não significar restrição à independência da Magistratura. O que estou afirmando é que, no caso concreto, essas normas nada têm a ver com esse instituto. Elas partem, evidentemente, de outro lado, de uma

presunção: os magistrados estão praticando atos, na utilização do instituto da tutela antecipada, que dizem respeito aos interesses da Fazenda Pública. Por isso essa medida é editada, para que eles não pratiquem esses atos.

Como disse anteriormente, os atos do Poder Judiciário estão submetidos a um sistema de controle pelos órgãos hierarquicamente superiores, num relacionamento dos órgãos inferiores com os superiores, e há recursos previstos para a eventual prática de um ato. Não posso admitir que um juiz vá determinar, em tutela antecipada, o pagamento à boca do cofre de uma determinada vantagem, contra a Fazenda Pública, porque seria um erro grosseiro por parte do magistrado, imediatamente reparável. Então, o que vejo é o estabelecimento - compreendam a linha do meu raciocínio - de normas que não são compatíveis com o instituto da tutela antecipada, - desnecessárias, portanto, em face de sua natureza, - mas que têm o objetivo específico de impedir a prática, pelos magistrados, de atos de seu ofício de julgar.

Ora, compreendo que norma com essa finalidade atenta contra a separação dos Poderes. Todas as Fazendas Públicas, hoje, possuem um sistema de defesa organizada, e, se o magistrado praticar um ato que seja contrário à lei, à Constituição, que não atenda aos interesses das pessoas administrativas, elas irão imediatamente contestá-lo, como fazem, nós o sabemos. Ainda recentemente o ilustre Ministro-Presidente afirmou que quase metade dos processos que vêm ao Supremo Tribunal Federal, ou mais da metade, tem a Fazenda como parte, o que significa que a Fazenda está atenta na defesa dos interesses do erário, e, assim, deve ser no interesse da Nação, no interesse de todos.

Tendo em conta a natureza das normas que compõem o instituto da tutela antecipada e o que se pretende no art. 1º, compreendo que, realmente, há relevantes fundamentos na ação quando,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

na inicial, se afirma que o dispositivo atenta contra o art. 2º, da Constituição, quanto à independência do Poder Judiciário e ao exercício de suas competências.

Mas, vou além, penso que o art. 5º, item XXXV, da Constituição, está posto em causa, na inicial, de uma forma segundo a qual se pode acolher a relevância da sua invocação. De fato, tal como posta essa norma, o que se pretende é restringir o exercício do direito de acesso ao Judiciário, do direito de ação em determinadas matérias, estabelecendo, antecipadamente, a inviabilidade da obtenção de qualquer medida.

Chego, então, ao último ponto. Muito se tem afirmado a respeito do uso abusivo de medidas provisórias por parte do Governo. Mas não ponho a questão nesses termos. Entendo que, se a Constituição previu esse instituto, o Poder Executivo pode editar medidas provisórias, exercendo essa competência, que, pela Constituição atual, não tem um limite, quanto ao seu objeto, expressamente definido, assim como acontecia com os decretos-lei no regime anterior, em que eram limitados a determinadas matérias. Aqui não há limite: então se diz que o Poder Executivo pode editar medidas provisórias sobre qualquer matéria. No ponto recebo a assertiva em termos e, mais uma vez, faço o confronto: processo e Constituição. Há uma relação de implicação entre ambos dentro do regime democrático. Medidas provisórias a respeito de processo, que digam respeito à criação de normas com sentido restritivo de direitos ou de prerrogativas de Poder concernem imediatamente com o sistema da Constituição. A meu ver, precisamente pelas conseqüências que essa medida provisória tem quanto a dois princípios fundamentais: o princípio da independência do Poder Judiciário e o da acessibilidade a este, não pode, efetivamente, ser mantida em vigência.

J. M. M.

Essa é uma consideração prévia, apenas para os limites deste juízo de suspensão da norma. Por isso, em síntese, meu voto, com a devida vênia, acompanha o do Sr. Ministro Celso de Mello na sua conclusão, para deferir a cautelar e suspender, até o julgamento final da ação, o art. 1º, da Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997.

J. M. M.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Percebe-se, pois, que não se admite a imposição, por parte de normas infraconstitucionais, de limitações ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo da utilização do mandado de segurança, em respeito, sobretudo, ao princípio da separação dos poderes e do acesso à jurisdição.

Ora, só e tão-só a norma constitucional é capaz de impor restrições aos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais a utilização do remédio heróico para a proteção de direito líquido e certo, descabendo ao legislador a competência para restringir o que a Constituição Federal não o fez.

É a norma constitucional que assegura o acesso à jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, CF/88, recaindo no instrumento do mandado de segurança a via de proteção adequada e necessária à salvaguarda do direito líquido e certo do impetrante, descabendo o estabelecimento de condicionantes para obtenção de provimento jurisdicional liminar.

A concessão de liminar, em boa verdade, é inerente e faz parte da gênese do instituto do mandado de segurança, servindo tal remédio como efetiva proteção para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Carta da República ou pela lei, não podendo o Estado intervir de modo a criar óbices a esse exercício, na preciosa contribuição do eminente Min. MENEZES DIREITO¹⁰:

“muito embora não exista a previsão constitucional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinado à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viesse a ocasionar irreversibilidade da lesão, pela demora no trâmite processual.

Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional implícita da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias.”

Igualmente, esse é o pensamento da eminente Ministra CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA¹¹:

¹⁰ Apud, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, ob. cit., p. 128.

¹¹ A liminar no mandado de segurança, in *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp199/230-222, obra coletiva, sob a coordenação do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“Em virtude da imprescindibilidade da liminar para o aperfeiçoamento da garantia fundamental do mandado de segurança, em alguns casos, é que se tem atribuído, com exatidão, instância constitucional a esta medida, conquanto sua expressão não se contenha na norma do art. 5º, LXLX, da Carta Magna, mas apenas no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51.

A raiz constitucional da liminar de mandado de segurança, inobstante implícita no texto normativo magno, explica-se pela sua indispensabilidade em algumas hipóteses para a realização da finalidade protetora de direito líquido e certo posta na regra fundamental.”

A liminar, como se vê, acha-se ínsita na própria definição constitucional do instituto do mandado de segurança, sendo inadmissível que o legislador infraconstitucional preveja condições outras para o seu deferimento que não sejam aquelas decorrentes dos seus pressupostos e da natureza de antecipação provisória dos efeitos do provimento final.

O princípio da máxima efetividade, outrossim, corrobora tal entendimento, porquanto o remédio heróico, além de sua expressa previsão constitucional e alocação no capítulos dos direitos e garantias fundamentais, não se coaduna com a exigência de caução, fiança ou depósito, para fins de deferimento da liminar.

Os interesses do Poder Público não justificam a redução da máxima efetividade do provimento liminar em mandado de segurança, até porque tem ele extensa possibilidade recursal (agravo de instrumento e suspensão de liminar) em caso de decisão teratológica, cuja razoabilidade na defesa do interesse público não justifica a imposição de contra-cautela ao jurisdicionado.

Tanto é assim que a própria Lei nº 12.016/09 prevê a possibilidade da pessoa jurídica apresentar suspensão de liminar (art. 15), a qual pode ser renovada (art. 15, § 1º), além, como dito, do recurso próprio (agravo de instrumento – art. 15, §§ 3º e 5º).

A previsão de tais instrumentos de defesa do interesse público para sustar, de imediato, eventual liminar que cause grave dano, está a demonstrar que em determinadas hipóteses, sopesando os valores *justa pretensão x segurança jurídica*, os órgãos componentes do Poder Judiciário poderão, à luz desse último, negar a liminar requerida, como verdadeira instância de controle dos atos judiciais.

É patente, pois, que se esse conflito não existir ou se o valor segurança jurídica não se revelar preeminente, caberá, portanto, a concessão de liminar sem outras



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

condições que não digam respeito ao atendimento de seus pressupostos de admissibilidade, o que exclui, de modo visceral, a exigência de caução, fiança ou depósito.

O inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09, revela-se, portanto, incompatível com a disciplina jurídica constitucional do mandado de segurança, de modo que torna-se imperiosa a supressão de sua eficácia, como nos ensina o Prof. ALFREDO BUZAID¹²:

“...diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição; ela é direta, quando viola o direito expresso; e indireta, quando a lei é incompatível com o espírito ou o sistema da Constituição.”

Matéria dessa natureza, adernais, já parte da jurisprudência dessa Corte, vejamos:

“Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n. 375, de 23-11-93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.” (ADI 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-93, Plenário, DJ de 20-6-97)

A Constituição Federal assegurou a ação mandamental em sua plenitude, sem restrições ou limitações, garantindo a tutela jurisdicional em sua máxima efetividade, incluindo-se aí a possibilidade de concessão de liminar quando indispensável à sanar lesão ou impedir que se concretize ameaça de lesão, tudo em respeito ao princípio do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), cuja inconstitucionalidade é latente, além de interferência odiosa na separação dos poderes, conforme art. 2º da Carta da República.

Exsurge da Carta Maior a garantia ao cidadão contra o arbítrio do Estado, prevendo-se, assim, a utilização do mandado de segurança em decorrência do postulado da inafastabilidade da jurisdição, de modo que o direito de recorrer ao Poder Judiciário permite ao cidadão a garantia de impedir a consumação da lesão. Logo, o direito do cidadão à proteção jurisdicional inclui, obrigatoriamente, os mecanismos para

¹² Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 46, nº 13.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

que se torne eficaz, uma vez que tal manutenção despojada de sua eficácia é torná-la letra morta.

Cândido R. Dinamarco, em sua obra “A Instrumentalidade do Processo”, é enfático ao defender que:

“A celeridade do procedimento do mandado de segurança, associada à possibilidade de liminar, é fator de efetividade desse remédio constitucional, o qual não cumpriria o seu objetivo de resguardar as liberdades políticas se fosse tardio”.

O mesmo entendimento é perfilhado por Luiz Guilherme Marinoni (O Direito à adequada Tutela Jurisdicional – RT 663/245) ao estampar que *‘suprimir o direito constitucional à liminar é o mesmo que legitimar a autotutela privada’*, indo mais além o festejado Luiz Orione Neto ao proclamar que *‘se o mandamus requer procedimento célere, a possibilidade aferição da eventual periclitacão, em virtude do periculum in mora, do direito que através dele se visa proteger, evidentemente não pode ser suprimida por norma alguma (...). impedir-se ao Poder Judiciário o uso de seus poderes implícitos fere o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Lei Suprema’.*

Na trilha desse entendimento, registre-se que esse C. STF já se debruçou com situação semelhante, a exemplo da ADI 223, e que não obstante o mérito não tenha sido enfrentado por perda de objeto, é cristalino o entendimento de que a garantia constitucional da jurisdição contra a ameaça a direito, pela qual se insere a função acautelatória das liminares, não é compatível com a fixação de limites à concessão da proteção jurídica, notadamente porque seria ilusória a proteção judicial, privando o mandado de segurança de sua utilidade:

ADI 223 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD

Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 05/04/1990 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 29-06-1990 PP-06218 EMENT VOL-01587-01
PP-00001

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISÓRIA 173, DE 18.3.90, QUE VEDA A CONCESSÃO DE 'MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINARIAS E CAUTELARES DECORRENTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NUMEROS 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 E 168': INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DA VIGENCIA DO



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

DIPLOMA IMPUGNADO: RAZOES DOS VOTOS VENCEDORES. SENTIDO DA INOVADORA ALUSAO CONSTITUCIONAL A PLENITUDE DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONTRA A AMEAÇA A DIREITO: ENFASE A FUNÇÃO PREVENTIVA DE JURISDIÇÃO, NA QUAL SE INSERE A FUNÇÃO CAUTELAR E, QUANDO NECESSARIO, O PODER DE CAUTELA LIMINAR. IMPLICAÇÕES DA PLENITUDE DA JURISDIÇÃO CAUTELAR, ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PROCESSO E DE SALVAGUARDA DA PLENITUDE DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIARIO. ADMISSIBILIDADE, NÃO OBSTANTE, DE CONDIÇÕES E LIMITAÇÕES LEGAIS AO PODER CAUTELAR DO JUIZ. A TUTELA CAUTELAR E O RISCO DO CONSTRANGIMENTO PRECIPITADO A DIREITOS DA PARTE CONTRARIA, COM VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSEQUENTE NECESSIDADE DE CONTROLE DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS AO PODER CAUTELAR. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE VEDAÇÃO DE LIMINARES DE DETERMINADO CONTEUDO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE DAS RESTRICÇÕES, A PARTIR DO CARÁTER ESSENCIALMENTE PROVISORIO DE TODO PROVIMENTO CAUTELAR, LIMINAR OU NÃO. GENERALIDADE, DIVERSIDADE E IMPRECISAO DE LIMITES DO ÂMBITO DE VEDAÇÃO DE LIMINAR DA MP 173, QUE, SE LHE PODEM VIR, A FINAL, A COMPROMETER A VALIDADE, DIFICULTAM DEMARCAR, EM TESE, NO JUÍZO DE DELIBAÇÃO SOBRE O PEDIDO DE SUA SUSPENSÃO CAUTELAR, ATÉ ONDE SÃO RAZOAVEIS AS PROIBIÇÕES NELA IMPOSTAS, ENQUANTO CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER CAUTELAR, E ONDE SE INICIA, INVERSAMENTE, O ABUSO DAS LIMITAÇÕES E A CONSEQUENTE AFRONTA A PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E AO PODER JUDICIARIO. INDEFERIMENTO DA SUSPENSÃO LIMINAR DA MP 173, QUE NÃO PREJUDICA, SEGUNDO O RELATOR DO ACÓRDÃO, O EXAME JUDICIAL EM CADA CASO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE, INCLUIDA A RAZOABILIDADE, DA APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA LIMINAR. CONSIDERAÇÕES, EM DIVERSOS VOTOS, DOS RISCOS DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA MEDIDA IMPUGNADA.

Decisão : Após o voto do Sr. Ministro-Relator que concedia, em parte, a medida liminar e suspendia a vigência, até o julgamento final da Ação, no art. 1º da Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, das expressões: em mandado de segurança e, relativamente às Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, e do voto do Sr. Ministro Celso de Mello que deferia a liminar integralmente e suspendia a eficácia, até o julgamento final da Ação,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

do referido art. 1º da Medida Provisória nº 173, bem assim, após o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence que indeferia a liminar, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Sydney Sanches. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Plenário, 04.04.90.

Por maioria, o Tribunal indeferiu o pedido de liminar, vencido o Sr. Ministro Celso de Mello, que a deferia integralmente para suspender a eficácia do art. 1º da Medida Provisória nº 173, e vencido, em parte, o Sr. Ministro-Relator que concedia parcialmente a cautelar, nos termos do voto que proferiu. Votou o Presidente. Plenário, 05.04.90.

Importante pontuar, pela exatidão do tema, as lições do eminente Min. PAULO BROSSARD, a saber:

11. Buscando um critério objetivo e seguro, quer me parecer que na medida em que se tratar de direito individual ferido ou ameaçado de lesão, para cuja proteção eficaz a própria Constituição outorga, também como direito individual, o mandado de segurança, não pode este ser tolhido; o mandado de segurança, na sua expressão tradicional, é um direito individual em si mesmo, tanto mais valioso quando, muitas vezes, é o mais apropriado e eficaz instrumento de defesa de outros direitos individuais, exatamente pela possibilidade de proteção liminar. De modo que, permitir sua paralisia, ainda que parcial e limitada, importaria em atingir, em maior ou menor grau, além do próprio mandado de segurança, outros direitos individuais, solenemente assegurados na Constituição. Ora, isto não me parece possível por via de lei e muito menos por medida provisória, que é uma modalidade excepcional de legislar.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Ora, o direito que ele visa a tutelar há de ser líquido e certo, a reclamar e exigir a pronta custódia judicial. Por ser direito líquido e certo, seu rito é sumaríssimo. Obstar-lhe a marcha rápida e eficaz, como o faz a medida provisória 173, é desnaturá-lo até a deformação. E quando um direito líquido e certo é de natureza e assento constitucional essa deformação chega à contrafação do instituto constitucional. Não digo o mesmo, com vistas à concessão da cautelar requerida, quanto às ações ordinárias e cautelares, a que se refere a Medida 173.

(...)

Como se vê, há uma série de situações que se ligam intimamente a direitos individuais e na medida em que eles necessitam de proteção, sob pena de lesão direta e imediata, tenho para mim que não é lícita qualquer limitação ao direito, à ação do mandado de segurança.

(...)

Tirar do mandado de segurança a providência cautelar e impedir sua execução enquanto não transitar em julgado a sentença dele concessiva, é atrofiar o instituto ao ponto de reduzi-lo a um simulacro, deixando direitos individuais sem proteção real e reduzidos, por sua vez, a promessa vã, e isto não me parece que possa prevalecer em face da Constituição, da qual é guarda o Supremo Tribunal Federal, tanto mais quando, segundo a Súmula 271,

(...)

29. De mais a mais, não faltavam expedientes legítimos para acautelar o que se entendesse por interesse público; o escolhido, no entanto, foi além da marca, pois atinge não apenas um direito individual constitucional, o mandado de segurança, mas os direitos individuais constitucionais em geral, que ele deixa de custodiar de maneira eficaz e pronta.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...)

31. Quer me parecer que, aceitar como constitucional a proibição da concessão de liminar em mandado de segurança ou de medida cautelar para defesa de direito individual constitucionalmente assegurado, importaria em tratar a cláusula final do inciso XXXV do art. 5º, da Constituição.

32. Como o mandado de segurança se destina a proteger direito líquido e certo, especialmente direito individual constitucionalmente assegurado, ele não pode sofrer as restrições ora impostas, pois elas importariam, por via de consequência, em restrição dos demais direitos individuais de cunho e assento constitucional.

Completando esse raciocínio, colaciona-se o brilhante voto do Min. CELSO DE MELLO, vejamos:

O direito ao processo constitui, ele próprio, expressão das liberdades públicas, ineliminável por ato estatal. Dentro dessa perspectiva, como já proclamou esta Corte (RTJ 112/34), até mesmo a criação de obstáculos institucionais, que impossibilitem o acesso à jurisdição, traduz desrespeito à cláusula constitucional que impõe ao Estado o dever de tornar efetiva a prestação jurisdicional. Quando essa obrigação é descumprida pelos órgãos judiciários que compõem a estrutura institucional do Estado e este, por inércia ou inatividade, deixa de exercer a tutela jurisdicional invocada, incide, o Poder Público, em comportamento inconstitucional, posto que a indeclinabilidade, sendo um dos princípios que regem a jurisdição, funda-se no preceito da Carta Política que alberga o direito de

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. C. F.

ação e que impõe ao aparelho estatal o dever de administrar justiça. A recusa de prestação jurisdicional - já o reconheceu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 99/794) - constitui ato passível de censura jurídica, porque incompatível com o caráter de indeclinabilidade da obrigação estatal de prestar a jurisdição, quando regularmente postulada.

(...)

A proteção jurisdicional **imediata**, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício **liminar** da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material.

(...)

A concessão de medida liminar, **v. g.**, em ações de mandado de segurança, confere à pessoa estatal interessada a possibilidade de requerer ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a **suspensão de sua eficácia** (Lei nº 4.348/64, art. 4º). Trata-se de relevante meio de contracautela, posto à disposição do Estado, para efeito de preservação da intangibilidade do próprio interesse público.

A supressão da possibilidade de tutela, **imediata** e **eficaz**, dos direitos das pessoas afeta, gravemente, uma das dimensões em que se projeta a atividade jurisdicional, estimula o arbítrio do Estado e elimina um poderoso instrumento de pro



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

teção, individual e coletiva, das liberdades públicas.

Lembre-se, por interpretação analógica, que esse Excelso STF tem posição contrária à exigência de depósito prévio na instância administrativa para fins de admissibilidade de recurso, entendimento esse perfeitamente aplicável ao presente feito, na medida em que o inciso III do art. 7º criou condicionantes incompatíveis com a natureza da ação mandamental, vejamos:

**ADI 1074 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 28/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

**Publicação: DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007 -
DJ 25-05-2007 PP-00063 - EMENT VOL-02277-01 PP-00036 -
LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 40-46 - RDDT n. 143, 2007, p. 206-
207**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do caput do artigo 19 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Falou pela requerente a Dra. Sílvia Lorena. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Observação: Acórdãos citados: Rp 1077 (RTJ 112/34), RE 103400 (RTJ 112/916), RE 105552 (RTJ 115/929). Número de páginas: 11. Análise: 05/06/2007, ACL.

**RE 389383 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 28/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. O. J.

Publicação: DJe-047 DIVULG 28-06-2007 - PUBLIC 29-06-2007 - DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 - RDDT n. 144, 2007, p. 235-236

Ementa: RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. *A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.*

Decisão: *A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.*

Decisão: *Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo e desprovendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo recorrente a Dra. Carolina Delduque Sennes, Procuradora do INSS. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.*

Decisão: *Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.*

Decisão: *Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhava o Relator, conhecendo e negando provimento ao recurso, também manifestando-se nesse sentido os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, e do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, para conhecer e dar provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.04.2006.*

Decisão: *O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário, e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, convertida na Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente).*

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Retificação de decisão: *O Tribunal deliberou retificar a proclamação da assentada anterior para constar que, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com as redações dadas pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

Observação: Acórdãos citados: ADI 1049 MC, ADI 1922 MC (RTJ-176/138), ADI 1976 MC (RTJ-176/138), MS 26358, RE 210246 (RTJ-172/982), RE 210234, RE 210369, RE 210380, RE 218752, RE 140195, RE 191480 (RTJ-166/637), RE 199800 (RTJ-178/409); RTJ 163/790, RTJ 183/371, RTJ 191/922, RTJ 156/1042. STJ: MS 4652, REsp 111463. Número de páginas: 55. Análise: 31/07/2007, JBM.

Acórdãos no mesmo sentido: RE 390513 -JULG-28-03-2007 UF-SP TURMA-TP MIN-MARCO AURÉLIO N.PÁG-055 - DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 - DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-09 PP-01680

É natural a conclusão, portanto, que se tal depósito prévio é vedado na instância administrativa, com mais razão na instância jurisdicional (STF, AI 698.626 RG-QO, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-232, de 04/12/08), pelo que a concessão de caução, fiança ou depósito não pode ficar à mercê de tais garantias, exatamente por conta da dimensão protetora da ação mandamental.

Patente, portanto, a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09, em relação ao art. 2º, 5º, incisos XXXV e LXIX, da Carta Maior, sobretudo pela imposição de restrições incompatíveis com a natureza, abrangência e tutela protetora da ação mandamental, cuja suspensão de eficácia do dispositivo ora se requer.

2.2.1 - PEDIDO ALTERNATIVO – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CARTA MAGNA:

Como visto acima, a exigência de caução, fiança ou depósito revela-se incompatível com a natureza da ação mandamental, considerando a máxima eficácia que lhe exige o texto constitucional, daí a inconstitucionalidade ora defendida. A exigência de caução, fiança ou depósito, conseqüente às razões acima declinadas, revelam-se incompatíveis com a máxima eficácia da ação mandamental.

Contudo, caso esse C. STF não identifique inconstitucionalidade flagrante, o que se admite apenas por amor ao debate, requer o Conselho Federal da OAB que este Tribunal dê ao inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09 interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a evitar a minimização da máxima efetividade inerente à ação mandamental, viabilizando-se, assim, a concessão de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

liminares para salvaguarda dos jurisdicionados contra ato abusivos ou ilegais sempre que preenchidos seus pressupostos de cabimento.

Tal pretensão alternativa, com efeito, destina-se a evitar e impedir que os juízes exijam e condicionem a concessão de liminares à apresentação de caução, fiança ou depósito, desobservando, nesse particular, a demonstração dos pressupostos de cabimento das liminares (relevância da fundamentação e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), situação essa que acabaria por retirar do mandado de segurança o caráter protetor e heróico a ele deferido pela Carta da República, bem como sua máxima efetividade.

Como dito, a redação atual do dispositivo impugnado induz que os juízes exijam a prestação de caução, o que, com todo respeito, implica em verdadeiro apartheid social, posto que só os afortunados é que terão acesso à jurisdição liminar e poderão conter, 'in limine', atos abusivos ou ilegais.

Portanto, o que se objetiva é que seja conferido ao inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09 a máxima efetividade que lhe assegurou a Constituição Federal, evitando-se, pois, que os magistrados amesquinhem o conteúdo salvador da via heróica.

2.3 - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 7:

Além das inconstitucionalidades acima apontadas, a novel legislação proibiu, expressamente, a concessão de liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. É a redação do § 2º, 'verbis:

(...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

Nesse aspecto, e como dito acima, as limitações impostas pelo legislador, mais uma vez, pecam no vício da inconstitucionalidade, cuja demonstração será realizada em tópicos pontuais em face da redação do dispositivo, vejamos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

2.3.1 - DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS - INCONSTITUCIONALIDADE:

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, assentou que a questão da compensação de créditos tributários é matéria de natureza infraconstitucional, conforme o **RE 433577 AgR / SE (Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 28/04/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação : DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009)**, e **RE 559164 ED / SP (Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 20/11/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008)**, entre outros.

Não obstante a existência da Súmula 212, do Eg. Superior Tribunal de Justiça - STJ¹³, que veda a possibilidade de concessão de liminar para fins de compensação de créditos tributários, é fato que mais uma vez o legislador amesquinhou o cabimento de mandado de segurança após a edição da Lei nº 12.016/09.

Isso porque o próprio STJ também editou a Súmula 213, a qual define que 'o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária', cuja jurisprudência, ademais, permite a operacionalização da compensação de créditos tributários, de mesma natureza, como se vê do seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL Nº 923.736 - SP (2007/0025445-2)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS. RESCRIÇÃO. "CINCO MAIS CINCO". COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. LEI N. 8.383/91. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A/CTN. APLICAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. (...).

2. **A teor do disposto no art. 66 da Lei n. 8.383/91, pode haver compensação apenas entre tributos da mesma espécie que possuam a mesma destinação constitucional.**

3. Proposta a ação na vigência do artigo 170-A do CTN, (introduzido pela Lei Complementar n. 104/01), impõe-se a observância da regra nela contida, que veda a compensação antes do trânsito em julgado.

4. Com a edição da Lei n. 9.250/95, foi estatuído, em seu art. 39, § 4º, que, a partir de 1º/1/96, a compensação ou restituição de tributos federais será acrescida de juros equivalentes à taxa Selic acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido. Desde aquela data, não mais tem aplicação o mandamento inscrito no art. 167, parágrafo único, do CTN, o qual, diante da

¹³ A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

incompatibilidade com o disposto no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, restou derogado.

5. Recurso especial conhecido em parte e provido parcialmente.

Processo: REsp 960914 / RS - RECURSO ESPECIAL - 2007/0136575-2

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 21/05/2009

Data da Publicação/Fonte: DJe 04/06/2009

Ementa

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO - PRECATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZATIVA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 170 DO CTN - ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

1. Conforme exigência expressa contida no art. 170 do CTN, somente se admite a compensação de tributos quando existir na esfera do ente federativo lei autorizadora. Precedentes.

2. No Estado do Rio Grande do Sul houve o reconhecimento da possibilidade de compensação de tributos com dívidas expressas em precatório (art. 2º da Lei 11.472/00. Porém esta lei foi revogada pela Lei Estadual 12.209/2004.

3. Recurso especial não provido.

Processo: AgRg no REsp 1006240 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO - ESPECIAL - 2007/0268278-2

Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 23/04/2009

Data da Publicação/Fonte DJe 25/05/2009:

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ).

2. Entrementes, a compensação, modalidade extintiva do crédito tributário elencada no artigo 156, do CTN, reclama autorização legal expressa para que o contribuinte possa lhe fazer jus, ex vi do artigo 170, do Codex Tributário.

3. Conseqüentemente, a declaração do direito de compensação tributária, em sede



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

de mandado de segurança, pressupõe a existência de lei autorizativa oriunda da Pessoa Jurídica de Direito Público competente para a instituição do tributo.

4. Outrossim, "a 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" (Súmula 271/STF e precedentes do STJ: EDcl no MS 11.513/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27.06.2007, DJ 13.08.2007; RMS 21.882/RO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 04.06.2007; RMS 19.466/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 28.09.2006; e REsp 447.829/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 02.08.2006).

5. In casu, a sentença, corroborada pelo Tribunal de origem, indeferiu o pedido compensatório, em virtude do óbice contido na Súmula 271/STF, ante a constatação de que a pretensão mandamental abrange período anterior à impetração do writ.

6. O acórdão regional explicitou o motivo pelo qual considerou inaplicável, in casu, a Súmula 213/STJ, qual seja: o óbice inserto na Súmula 271/STF, sendo certo que inexistente ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o órgão julgador pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que suficientes os fundamentos utilizados para embasar a decisão.

7. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Como se vê, a jurisprudência se sedimentou na possibilidade de declaração, pela via do mandado de segurança, da possibilidade de compensação de créditos tributários, desde que haja lei assim o permitindo (arts. 170 e 170-A, Código Tributário Nacional, e Lei nº 9.430/96), bem assim que o crédito se constitua através de lançamento por homologação, os quais são apurados em registros do contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária, cabendo a esta autoridade a fiscalização do procedimento, como se extrai da seguinte decisão:

Processo: REsp 982468 / SE - RECURSO ESPECIAL - 2007/0204618-2

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 05/08/2008



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Data da Publicação/Fonte: DJe 01/09/2008

Ementa

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO - CABIMENTO - SÚMULA 213 STJ - COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES.

1. "O **mandado de segurança** constitui ação adequada para a declaração do direito à **compensação tributária**" (Súmula 213-STJ).
2. Consoante entendimento firmado pela Primeira Seção, os **tributos**, cujo crédito se constitui através de lançamento por homologação são apurados em registros da contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de **compensação**, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária, cabendo a esta autoridade a fiscalização do procedimento.
3. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Veja

(MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO - (TRIBUTÁRIA) - STJ - RESP 489413-SP, RESP 309759-SP, RESP 315165-SP (RSTJ 158/189)- (COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO PARA A COMPENSAÇÃO) - STJ - AGRG NO AGRG NOS ERESP 416352-SP, RESP 651902-MG

Sucessivos

REsp 1054886 BA 2008/0097754-9 - Decisão:23/04/2009 - DJe DATA:27/05/2009 -

REsp 1044852 PE 2008/0067853-6 Decisão:09/12/2008 - DJe DATA:27/02/2009

REsp 997149 SP 2007/0244708-5 Decisão:21/10/2008 - DJe DATA:18/11/2008

A legislação, portanto, já impunha exaustivas limitações legais, e tal previsão na Lei nº 12.016/09 inviabiliza o exame de abusos e ilegalidades pontuais sob aspectos que, no que toca à compensação, muitas vezes torna impraticável o exercício do direito assegurado, sendo necessário observar, todavia, que o mandado de segurança é instrumento de **matriz constitucional**, e a ele não se pode aplicar, por via de simples lei, restrição dessa ordem.

Não cabia ao legislador, como exsurge da redação do § 2º do art. 7º, primeira parte, excluir a possibilidade de concessão de liminar em mandado de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

segurança em matéria de compensação de créditos tributários, visto que a legislação e a jurisprudência se sedimentaram no sentido de tal possibilidade, desde que haja lei prevendo essa hipótese e o crédito se constitua por homologação.

Com delineado, o direito líquido e certo do impetrante salta aos olhos nas hipóteses já reconhecidas pela jurisprudência, notadamente se observado que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV, CF/88.

O legislador, contudo, estabeleceu restrição desarrazoada e inconciliável com o remédio constitucional, cuja consequência prática mitiga a possibilidade de concessão de liminar e retira do 'mandamus' a máxima eficácia, incorrendo, pois, em manifesta vulneração aos artigos 2º, por ingerir na esfera do Poder Judiciário e quebrar o Princípio da Separação dos Poderes, bem como por ofender a própria garantia fundamental do mandado de segurança e do acesso à jurisdição, na forma dos incisos XXXV e LXIX do art. 5º, da Carta Maior.

Imperioso, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º, do art. 7º, primeira parte, da Lei nº 12.016/09, posto que amesquinhou a possibilidade de concessão de liminar e desconsiderou vasta e sedimentada jurisprudência a respeito do cabimento da segurança para fins de declaração do direito à compensação, daí a necessidade de suspender a eficácia do dispositivo.

2.3.2 – ENTREGA DE MERCADORIAS E BENS PROVENIENTES DO EXTERIOR – INCONSTITUCIONALIDADE:

O tópico em análise, embora não trate de inovação decorrente da Lei nº 12.016/09, também padece em inconstitucionalidade, notadamente por retirar do 'writ' a possibilidade de salvaguarda do jurisdicionado contra atos abusivos e ilegais de autoridades alfandegárias.

Com efeito, a Lei nº 2.770/56, editada sob o regime da Constituição Federal de 1946, suprimia a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visassem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, cujo art. 1º assim apregoava:

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.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A abrangência do dispositivo em tela, em verdade, e já sob o regime da Carta anterior, contemplava o remédio heróico, retirando do mesmo a máxima efetividade. Em relação a este aspecto – liberação de mercadorias e bens importados - a nova lei de Mandado de Segurança apenas unificou as leis esparsas que tratavam sobre o tema, sem, no entanto, trazer qualquer inovação.

No entanto, referida vedação já vem sendo, há muito, afastada pelo Poder Judiciário, haja vista que é inconcebível “acorrentar” um Magistrado vendando-o, diante de ato administrativo ilegal ou abusivo consubstanciado na retenção irregular de mercadorias ou bens, a adoção de medida judicial apta a corrigi-lo.

Ademais, o próprio Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759 de 05 de Fevereiro de 2009 –, nos casos em que ocorre liberação de mercadorias ou bens (mesmo sem prestação de garantia) e posteriormente é confirmado o Perdimento, prevê a conversão da pena em multa pecuniária no exato valor aduaneiro dos bens retidos. Confira-se:

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

Desta feita, em havendo a liberação das mercadorias mediante liminar e caso a sentença não confirme o provimento inicial, ainda assim o interesse Público, especificamente o Erário, estará plenamente resguardado.

De outra banda, existe alguma razoabilidade em manter bens perecíveis retidos aguardando uma decisão definitiva de mérito? Qual será o proveito final do Comando Judicial?

Por pertinente, destaca-se que a retenção das mercadorias ocorre em Zonas Alfandegárias Primárias (Portos e Aeroportos), locais onde as Tarifas de Armazenagem são elevadíssimas e podem, inclusive, dependendo do tempo de retenção dos bens, inviabilizar economicamente a operação de importação.

Portanto, o afastamento do imediato controle judicial dos atos administrativos, além de desestimular uma atividade que gera tributos e empregos para



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

o País, estimula a corrupção nas Aduanas, haja vista que os fiscais poderão utilizar a lei como moeda de troca para uma “solução” administrativa.

A não interferência judicial – sanando imediatamente as situações abusivas e ilegais cometidas por agentes públicos – inviabiliza o pleno exercício da atividade comercial das empresas do ramo de importação, contrariando a Carta Magna, especificamente seu art. 170, parágrafo único, além de criar distinção reprovável para a classe empresarial, indigna de obter imediato provimento jurisdicional, ainda que o seu direito “salte aos olhos” do Magistrado.

O absurdo é tamanho, que mesmo estando presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada (273 CPC), ainda assim ao Magistrado não é autorizado conferir o direito assegurado ao cidadão.

Como se vê, a então limitação existente na Lei nº 2.270/56 não se coadunava com a natureza, abrangência e principiologia constitucional aplicada ao mandado de segurança, notadamente porque tal instrumento ganhou ‘status’ de direito e garantia fundamental dos jurisdicionados.

Hely Lopes Meireles¹⁴, sobre a vedação em importação de mercadorias, como constava da Lei nº 2.770/56, já ensinava que *‘essa vedação só se refere a produtos de contrabando e não aos bens importados ou trazidos para o país como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembarço.’*

Esse C. STF, em verdade, já se debruçou com situação análoga, e afirmou, na ocasião, que a liberação de mercadoria pode ser realizada mediante a comprovação do pagamento do ICMS, vejamos:

RE 192705 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 26/08/1997 - Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ 10-10-1997 PP-50932 - EMENT VOL-01886-04 PP-00769

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS - MERCADORIA IMPORTADA. ART. 155, § 2º, IX, "a", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SÚMULA 577. 1. O Plenário do S.T.F., no julgamento dos RR.EE. 193.817 e 192.711, firmou entendimento no sentido de que pode, a liberação da mercadoria importada, ser condicionada à comprovação, pelo

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – Habeas Datas – 27ª ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2004.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

importador, do pagamento do ICMS sobre ela incidente. 2. Interpretando a norma do art. 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal, entendeu a Corte que sua redação permite tal exigência, ao ensejo da entrada no posto aduaneiro, antes, portanto, da entrada física da mercadoria no estabelecimento importado; reconhecendo, assim, a constitucionalidade da legislação estadual que dispôs dessa forma, autorizada por Convênio, nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT, não mais se justificando, em tais circunstâncias, a aplicação da Súmula 577. 3. Adotada a fundamentação dos precedentes, o R.E. é conhecido e provido para o indeferimento do mandado de segurança.

Resultado: conhecido e provido.

Acórdãos citados: RE-193817, RE-192711 - RE-217201-AgR foi objeto dos , RE-217201- AgR-ED rejeitados - RE-213910 foi objeto dos RE-ED rejeitados os embargos de declaração de Cotonificio Baltrame S/A e recebidos os do Estado de São Paulo, em 23/04/2002.

Não obstante tais julgados relacionarem-se a matéria tributária, em especial sobre comprovação de recolhimentos de exações para fins de liberação e entrega de mercadorias, o fato é que não restou afastada a possibilidade de, em mandado de segurança e mediante prova pré-constituída, reconhecer-se liminarmente a ilegalidade ou abusividade de ato de autoridade alfandegária que apreende os bens.

Por este aspecto, desde já se pode afirmar sem sombra de dúvidas que o modelo de restrição ao cabimento de liminar em mandado de segurança instituído pela Lei nº 2.770/56, e ora revigorado pela Lei nº 12.016/09, é próprio dos regimes totalitários, cuja expressão da máxima efetividade guarnecida pela Carta da República de 1988 com ele não se mostra razoável, aplicando-se, de conseqüência, o instituto da não receptividade àquele diploma legal, bem assim o da inconstitucionalidade ao ato ora impugnado.

A Lei nº 12.016/09, então, cuidou de revigorar a odiosa e indesejável limitação do cabimento de liminar em mandado de segurança, esquecendo-se, porém, que descabe ao legislador introduzir restrições não abarcadas pela Carta Magna, haja vista trata-se de direito e garantia fundamental.

Ora, além de ofender a Separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), na medida em que impõe limitação à atuação do Poder Judiciário no que tange à possibilidade de dizer o direito e, assim, reconhecer 'in limine' ilegalidades ou abusividades praticadas por autoridades públicas no que toca à entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, vulnera, outrossim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), porquanto exclui, expressamente, da apreciação do Poder Judiciário eventuais questionamentos acerca da matéria.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Observe, no particular, que a redação do § 2º logo no início já descarta a possibilidade de concessão de liminar, remanescendo a atividade jurisdicional apenas ao enfrentamento do mérito da lide, situação essa que retira do magistrado a ampla possibilidade de aplicação do mandado de segurança (considerada sua máxima efetividade), que nada mais nada menos se destina a coibir o Poder Público em face da prática de atos ilegais ou abusivos.

Inconciliável, assim, a redação do dispositivo com o texto constitucional, daí a vulneração literal aos artigos 2º e 5º, incisos XXXV e LXIX, da Carta da República, pelo que requer a suspensão de eficácia do dispositivo.

2.3.3 – RECLASSIFICAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS E A CONCESSÃO DE AUMENTO OU A EXTENSÃO DE VANTAGENS OU PAGAMENTO DE QUALQUER NATUREZA – INCONSTITUCIONALIDADE:

Aqui também a Lei nº 12.016/09 não inovou o ordenamento jurídico, visto que restrição idêntica já continha na Lei nº 4.348/64, cujo teor transcreve-se:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Idêntica restrição, de outro modo, constou da Lei nº 5.021/66, a saber:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º - VETADO

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

O art. 7º, § 2º, da Lei ora impugnada, mais uma vez, revigora tais restrições, tornando inócuo o direito e garantia fundamental ao mandado de segurança, cuja medida liminar está embrionariamente ligada, daí a inconstitucionalidade apontada.

A rigor, a vedação de liminar em favor de servidor público (reclassificação ou equiparação e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza), então previstas nas Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66, além de revestirem-se do mais alto cunho autoritário, próprio da época em que foram editadas, são literalmente inconstitucionais.

E o são porque desigualam os jurisdicionados do mandado de segurança em detrimento apenas da qualidade jurídica de ser o impetrante servidor público, cuja Carta Política de 1988, no entanto, apregoa a isonomia de direitos (art. 5º, 'caput') e não faz qualquer distinção acerca da qualificação dos impetrantes, não podendo o legislador realizar 'discriminem' desproporcional e desarrazoado.

Com todo respeito, a proibição de "pagamento de qualquer natureza" importa dizer que a remuneração dos servidores públicos (que tem inegável natureza alimentar) pode vir a ser diminuída por ato administrativo ilegal ou abusivo, sem que o juiz possa, liminarmente, recompor o *status quo ante*; nada mais juridicamente intolerável do que isto, o que leva à constatação da inconstitucionalidade da parte final do dispositivo em alusão ("... ou pagamento de qualquer natureza).

Em verdade, a proibição de concessão de liminar nos casos arrolados no dispositivo transforma o servidor público, só pelo fato de ser servidor público, em cidadão de segunda categoria, valendo lembrar que a Constituição Federal não evidenciou nenhuma diferenciação entre o particular e o servidor público para fins de impetração do 'writ', e que:

"A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.” (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, Plenário, DJE de 7-3-08)

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” (MJ 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, Plenário, DJ de 19-4-91)

É manifesta, portanto, as seguintes inconstitucionalidades:

- ao artigo 2º, por retirar do magistrado a prerrogativa institucional de dizer o direito, violando, pois, a Separação dos Poderes, eis que a tutela liminar lhe é proibida, o implica em afrontar a liberdade e autonomia dos juízes;

- 5º, ‘caput’, na medida em concede tratamento diferenciado, desproporcional e desarrazoado quando o próprio Constituinte assim não o fez ao redigir a redação do inciso LXIX, inserindo no remédio heróico limitações que desnaturam o espectro protetor da medida, pois a qualidade do impetrante (se servidor público ou particular) não foi objeto de ressalva; e

- 5º, XXXV, porquanto veda e limita o acesso à jurisdição liminar em matéria de mandado de segurança.

Ora, esse C. STF já decidiu pela extensão de determinadas gratificações a servidores públicos, considerando, notadamente, a isonomia, além de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

impedir grave lesão a servidores em caso de retenção de valores, valendo o escólio dos seguintes precedentes:

“Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, Instituída pela Lei 10.483/2002. Extensão. Servidores inativos. Possibilidade. (...) Gratificação de desempenho que deve ser estendida aos inativos no valor de 60 (sessenta) pontos, a partir do advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, que alterou a sua base de cálculo. Embora de natureza pro labore faciendo, a falta de regulamentação das avaliações de desempenho, transmuda a GDASST em uma gratificação de natureza genérica, extensível aos servidores inativos. Inocorrência, na espécie, de violação ao princípio da isonomia.” (RE 572.052, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-2-09, Plenário, DJE de 17-4-09)

MS 21969 MC / DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 28/03/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

**Publicação : DJ 06-10-1995 PP-33128 EMENT VOL-01803-02
PP-00204**

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ATO PELO QUAL O PRESIDENTE DA REPUBLICA TERIA DETERMINADO A RETENÇÃO DE PARCELA CORRESPONDENTE A 10,9% DO VALOR DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES FILIADOS AO IMPETRANTE, JA CREDITADOS EM CONTA-CORRENTE, NO BANCO DO BRASIL. Liminar parcialmente deferida, para o fim de ser providenciado, pela autoridade impetrada, o imediato depósito -- no Banco do Brasil, em contas especiais sujeitas a correção monetária, abertas em nome da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, e mantidas a ordem do Supremo Tribunal Federal, até final julgamento -- dos montantes retirados das contas bancárias pertencentes aos servidores de cada um dos mencionados órgãos.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu parcialmente a medida liminar, para determinar o imediato depósito no Banco do Brasil S.A., em contas especiais sujeitas à correção monetária, abertas em nome da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, e mantidas à ordem do Supremo Tribunal Federal, até final julgamento -, dos montantes retirados das contas bancárias, pertencentes aos servidores de cada um dos órgãos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

atingidos pelo ato impugnado. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que, também a deferia em maior extensão, ou seja, para imediato crédito dos valores estornados nas contas individuais dos servidores. Votou o Presidente. Plenário, 28.03.94.

Observação:- *Acórdão citado: MS 21291 AgR - QO.*

E aqui não se trata da jurisprudência consolidada na Súmula 339/STF¹⁵, mas sim de preservar a possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança, cuja Carta da República consignou a máxima efetividade, descabendo ao legislador impor restrições não emanadas do próprio texto constitucional (ato ilegal ou abusivo de autoridade pública e não amparado por habeas corpus e habeas data).

Veja-se, a propósito, decisões desse no que toca à isonomia:

“A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida.” (MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-08, DJE de 19-12-08)

Repita-se, ademais, que esse C. STF já enfrentou tema semelhante quando do julgamento da ADI 975, vejamos:

“Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n. 375, de 23-11-93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo.” (ADI 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-93, Plenário, DJ de 20-6-97)

Por outro lado, não se desconhece o teor da manifestação desse Tribunal quando do julgamento da ADC 4, mas o que diferencia esse julgado da presente arguição é que assentou a premissa de que é possível a admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela dos juízes, desde que razoáveis e não ofensiva ao postulado do livre acesso à jurisdição, tudo isso, no entanto, em matéria

¹⁵ Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

infraconstitucional, e não sobre a garantia constitucional do mandado de segurança, cuja Carta Maior assegura a máxima efetividade e só ela é que pode impor restrições.

“Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97 (...). Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do Poder Legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o Texto Magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do Poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito.” (ADC 4, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-10-08, Plenário, Informativo 522).

A relevância do debate, portanto, nasce da exata compreensão da possibilidade de limitação do poder geral de cautela dos juizes, na esfera



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

infraconstitucional, e eventual restrição, por meio de lei ordinária, da máxima efetividade concedida pela Carta da República ao mandado de segurança, cuja apreciação sem a possibilidade de concessão de liminar tornar inócua a garantia fundamental.

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

Imperioso, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo questionado em relação aos artigos 2º, 5º, 'caput' e incisos XXXV e LXIX, da Carta Maior, requestando, pois, a suspensão de eficácia.

2.4 – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 22 – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - EXIGÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA:

Ao disciplinar o cabimento de mandado de segurança coletivo, o § 2º do art. 22 exigiu, condicionou, a oitiva da parte contrária para fins de concessão de liminar, cujo teor é o seguinte:

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

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

A disposição não é novidade no ordenamento jurídico, e dela já cuidava o art. 2º da Lei nº 8.437/92, o qual vinculava a concessão da liminar após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, que tem prazo de 72 horas para se manifestar, vejamos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Embora a Lei nº 12.016/09 não tenha inovado a matéria, contudo, revigorou medida restritiva e incompatível com a máxima eficácia do mandado de segurança, conforme redação conferida pelo art. 5º, LXIX, posto substituiu a expressão ‘após’ por ‘só poderá’, reforçando, assim, limitação odiosa.

É fato que com base na anterior redação da Lei nº 8.437/92 tinha o julgador certa margem de liberdade para, analisando situações de evidente perecimento do direito vindicado, conceder a liminar sem a oitiva da parte contrária, já tendo esse C. STF enfrentado a matéria, ‘verbis’:

Pet 2066 AgR / SP - SÃO PAULO

AG.REG.NA PETIÇÃO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 19/10/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

***Publicação: DJ 28-02-2003 PP-00007 EMENT VOL-02100-01
PP-00202***

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA

CAUTELAR: LIMINAR. Lei 8.437, de 30.06.92, art. 2º e art. 4º, § 4º, redação da Med. Prov. 1.984-19, hoje Med. Prov. 1.984-22.

ORDEM PÚBLICA: CONCEITO. PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS: C.F., art. 37. ECONOMIA PÚBLICA:

RISCO DE DANO. Lei 8.437, de 1992, art. 4º. I - Lei 8.437, de 1992,

§ 4º do art. 4º, introduzido pela Med. Prov. 1.984-19, hoje Med. Prov.

1.984-22: sua não suspensão pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn

2.251-DF, Ministro Sanches, Plenário, 23.08.2000. II - Lei 8.437, de

1992, art. 2º: no mandado de segurança coletivo e na ação civil

pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência

do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que

deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Liminar

concedida sem a observância do citado preceito legal. Inocorrência

de risco de perecimento de direito ou de prejuízo irreparável.

Ocorrência de dano à ordem pública, considerada esta em termos de

ordem jurídico-processual e jurídico-administrativa. III - Princípios

constitucionais: C.F., art. 37: seu cumprimento faz-se num devido

processo legal, vale dizer, num processo disciplinado por normas

legais. Fora daí, tem-se violação à ordem pública, considerada esta

em termos de ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e

jurídico-processual. IV - Dano à economia pública com a concessão

da liminar: Lei 8.437/92, art. 4º. V - Agravo não provido.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Observação : *Votação: por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de*

Mello e Sepúlveda Pertence. Resultado: desprovido.

Acórdãos citados: ADI-2251, Pet-810-AgR, SS-582 (RTJ-150/695), Pet-1246-AgR (RTJ-165/812); RTJ-146/460.

*“Lei 8.437, de 1992, art. 2º: no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, **a liminar será concedida, quando cabível**, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.” (Pet 2.066-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-10-00, DJ de 28-2-03)*

O fundamento maior que resultou desses julgados fixa-se na premissa de que em casos de evidente perecimento do direito pode (deve) o magistrado conceder a liminar ‘inaudita altera pars’, sem que tal situação signifique descumprimento do comando legal, haja vista a máxima efetividade conferida pelo Constituinte à ação mandamental.

O ‘quando cabível’, portanto, referido nos julgados acima, demonstra a compreensão exata dos limites impostos pelo Constituinte para fins de conhecimento e apreciação de questões liminares em mandados de segurança coletivos, sobretudo porque para fins de salvaguarda de situações urgentes e que envolvam perecimento de direito é dever do magistrado (poder-dever) conceder a medida liminar para assegurar o resultado útil do processo, não se admitindo, pois, esperar a manifestação da parte contrária.

Neste sentido, cabe trazer à colação a importante contribuição do renomado processualista OVÍDIO A BAPTISTA DA SILVA¹⁶, que assim leciona:

*“A regra, portanto, é a seguinte: - estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, **a maior ou menor complexidade da questio iuris é irrelevante para descaracterizar a “certeza” do direito.** Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a seu respeito.”*

Também o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES¹⁷, ao analisar a questão da concessão de liminares, já aduzia:

¹⁶ Curso de Processo Civil, Vol. 2, Ed. RT, São Paulo, p. 367;

¹⁷ Mandado de Segurança, RT, pag. 50/51



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entravar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada, quando se verificarem os seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do Impetrante.” (grifamos)

Restando demonstradas as condições para a concessão da liminar *inaudita altera pars*, importante lembrar CAPELLETTI, que com o seu peculiar brilhantismo afirmava:

“.. a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode, sem dano grave, esperar uma justiça lenta.” (grifamos)

No entanto, com a nova redação do art. 22, § 2º, da Lei nº 12.016/09 o legislador condicionou a concessão de liminar à oitiva da parte contrária, haja vista que utilizou a expressão ‘só poderá’, o que impõe, na prática, a minimização da máxima efetividade garantida pelo texto constitucional ao mandado de segurança.

Ora, é sabido e consabido que o contraditório revela-se, também, como garantia e direito fundamental, existindo vários magistrados país afora que somente apreciam liminares em mandado de segurança coletivo após prévia oitiva da parte contrária, sob o fundamento de cautela e respeito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), o que denota compreensível em certas demandas.

Contudo, a vedação ora positivada é intolerável, de vez que essa demora (72 horas), em determinadas hipóteses, pode ser fatal para o direito dos impetrantes, e a providência reclamada, nesses casos, ou é imediata ou não terá serventia alguma (em situações de danos ao meio-ambiente, por exemplo, isto ocorre freqüentemente).

Se é bem verdade que esse C. STF exige, em mandado de segurança coletivo, a demonstração cabal do ato violador do direito, não poderia o legislador subtrair do juiz a possibilidade de resguardar as situações que envolvem perecimento de direito, pois a salvaguarda nessas hipóteses há de ser efetiva, e não ilusória.

“Em se tratando de mandado de segurança, é imprescindível a demonstração de que o ato ilegal da autoridade prejudicou direito subjetivo, líquido e certo do impetrante, ou de seus representados, no caso de Mandado de Segurança Coletivo.” (RMS 22.350, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-9-96, 1ª Turma, DJ de 8-11-96)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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

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

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

É dizer, de outro modo, que falece competência ao legislador para diminuir, reduzir, limitar, estreitar, subjugar, minorar ou mesmo suavizar o alcance, a abrangência e a efetividade concedida pela Carta da República ao ‘writ’, de modo que a inconstitucionalidade da expressão ‘só poderá’ revela-se latente, razão pela qual requer a suspensão de sua eficácia.

2.5 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 23 – PRAZO DECADENCIAL – LIMITAÇÃO À MÁXIMA EFETIVIDADE DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL:

Na linha do que restou inicialmente exposto, descabe à lei – quando a própria Constituição não o faz nem admite expressamente sejam feitas – estabelecer restrições, inclusive quanto a prazo, para a impetração de mandado de segurança.

O art. 23 da Lei nº 12.016/09, embora ‘positive’ os termos da Súmula 632 (É constitucional Lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de Mandado de Segurança) desse C. STF, traz restrição intolerável em relação ao inciso LXIX do art. 5º, da Lei Suprema, posto que a outorga direta da prerrogativa de obter a concessão de mandado de segurança para “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, não condiciona o exercício dessa prerrogativa à edição posterior de lei que imponha a satisfação de condições, inclusive de natureza temporal (de prazo, portanto).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ora, não se trata o mencionado inciso LXIX (do art. 5º) de norma constitucional de eficácia *restringível* (para usar a classificação de Celso Bastos e Carlos Britto¹⁸), mas de *norma imediatamente fruível e exigível, conferidora de poder-direito ou direito em sentido estrito, insuscetível de restrição*, como magnificamente explicado, em obra recentíssima, por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹; daí a inconstitucionalidade da fixação do prazo (decadencial) de 120 dias para a impetração da segurança.

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

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

2.6 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 – EXCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

Em relação ao presente tema, o disposto no art. 25, exatamente no trecho em que exclui a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios, cuidou em tornar regra positiva entendimento jurisprudencial, cujo teor é o seguinte:

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Não se desconhece a redação das Súmulas 512/STF²⁰ e 105/STJ²¹, tampouco a construção jurisprudencial e os fundamentos que motivou a edição de tais verbetes.

¹⁸ “Aplicabilidade e Interpretação das Normas Constitucionais”, Saraiva, SP, 1982.

¹⁹ “Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais”, Malheiros, SP, 2009, p. 25.

²⁰ NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORARIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

²¹ NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE ADMITE CONDENAÇÃO EM HONORARIOS ADVOCATICIOS.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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

Como se sabe, quando uma sentença é prolatada em uma ação judicial, por força de lei processual, o juiz condena a parte perdedora (pessoa física ou jurídica) ao pagamento de custas e honorários advocatícios ao advogado da parte ganhadora (chamados de honorários de sucumbência, cuja previsão legal encontra-se disposta nos arts. 20, do CPC, e 23 e seguintes do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei nº 8.906/94).

Segundo o Dicionário Aurélio, a palavra sucumbir significa não resistir; ser derrotado. Assim, a parte que perdeu a ação sucumbiu frente aos argumentos e provas da parte opositora. Ao sucumbir a parte perdedora deve arcar com as custas do processo, bem como com o valor dos honorários advocatícios.

A lei processual vigente (regra) diz que o juiz estabelecerá os honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Serão observados os seguintes critérios para esse ajuste: a) grau de zelo do profissional; b) lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo decorrido até o término da ação, conforme § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

O juiz, também, poderá estabelecer (exceção) nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios segundo sua apreciação equitativa, observados os critérios do parágrafo anterior. É o que dispõe o § 4º, do art. 20, do CPC. Ou seja, esta segunda modalidade de estipulação dos honorários advocatícios é a exceção à regra que estabelece que estes serão determinados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% do valor da condenação.

Todavia, as Súmulas citadas contrariavam tais dispositivos no tange à sua fixação no mandado de segurança, desconsiderando, pois, certo caráter pedagógico que a estipulação de sucumbência impõe ao vencido.

Esse C. Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.194-4-DF, fixou o entendimento de que a percepção de honorários advocatícios de sucumbência destina-se aos advogados autores de tese vencedora em determinada causa, não estabelecendo, assim, quaisquer diferenciações em relação às medidas assecuratórias utilizadas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Embora se trate de importante prerrogativa de todo e qualquer advogado, o referido acórdão diz respeito diretamente ao advogado público e ao advogado empregado vinculado a empresas privadas, tendo Sua Excelência o Ministro CELSO DE MELLO assentado que os honorários de sucumbência pertencem aos advogados, sendo possível estipulação em contrário entre empregador e empregado. Vale dizer, a regra aponta para o direito líquido e certo. A possibilidade contrária deve ser expressa em contrato ou lei.

Em apertada síntese, assim se expressou o ministro Celso de Mello:

"(...) concluo que os honorários, no caso de sucumbência, são um direito do advogado, mas que pode haver estipulação em contrário pelos contratantes".

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

De fato, não são recentes as campanhas de valorização do trabalho do advogado promovidas pelo Conselho Federal, juntamente com Conselhos Seccionais e, nesse jaez, da conscientização dos juízes e tribunais acerca da necessidade de fixação de honorários sucumbenciais que não sejam aviltantes à classe dos advogados.

Ao lado das preocupações cotidianas que o advogado enfrenta nos dias atuais, a exemplo de se manter atualizado da legislação, doutrina e jurisprudência, fontes de interpretação que nos últimos tempos mudam em velocidade e quantidade inigualável na história do direito, seguem inevitavelmente as concernentes aos honorários advocatícios, que lhe garantam a subsistência.

Muito embora o múnus público da profissão seja incompatível com o mercantilismo, a verba honorária é que proporciona sua manutenção, competindo ao advogado, encontrar o ponto de sustentação no equilíbrio, ao tratar desta questão.

A conscientização dos que atuam no campo do direito, em especial, a respeito da importância social do advogado, e que são os honorários que fazem vezes de seu salário, é sem dúvida, o que pode favorecer a adequação de seu valor.

No antigo direito romano era proibida a remuneração pelos serviços advocatícios, daí o significado etimológico do termo de origem 'honorarius': do que é feito ou dado por honra; direito de participar das honras; que não é pago, que não recebe retribuição. (Dicionário Houaiss).

Não obstante, nos dias atuais não são raros os casos que decisões judiciais fixam honorários sucumbenciais de forma aviltante e irrisória, meramente pro



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

forma, ou mesmo de outras que se apoiando nas Súmulas 512/STF e 105/STJ sequer os estipulam.

O antigo paradigma cultural do trabalho não remunerado, exercido por ideal, era possível quando não se vivia numa era de capitalismo, mas tende a mudar também a partir do plausível reconhecimento pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, na apreciação de uma situação de fato, concludente que, honorários advocatícios, possuem natureza alimentar.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 470.407/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, ao decidir sobre a natureza dos honorários dos advogados - para situá-los na ordem de preferência de pagamento dos créditos junto às Fazendas Públicas, conforme art. 100 da Constituição Federal – concluiu-se que estes têm natureza alimentícia, pois visam prover a subsistência dos advogados e de suas respectivas famílias.

A questão, assim, é que o dispositivo ora impugnado revela-se inconstitucional por desmerecer o trabalho dos advogados em mandado de segurança, violando, de conseqüência, o art. 133 da Constituição Federal ao proclamar que o advogado é indispensável à administração da Justiça, vez que a existência deste profissional é iniludível e depende do recebimento de honorários, que é a forma de sua remuneração.

Cândido Rangel Dinamarco destaca a importância do advogado, classificando seu exercício profissional, dentre as funções essenciais à justiça:

“Só o advogado tem capacidade postulatória plena, sendo esta um requisito indispensável para a validade do processo civil ou defesa do demandado (...).”

Essa inserção do advogado no sistema da defesa dos direitos levou o constituinte a proclamá-lo indispensável à administração da Justiça, na consideração de que sem ele é impossível a realização do processo (Const. art. 133): são nulos os atos privativos a ele, quando realizados sem sua participação (EA, art. 4º).

Sua atuação é incluída entre as funções essenciais à justiça (arts. 127 ss).

Completando essas idéias, o Estatuto da Advocacia proclama que em seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º).”

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – Editora: Malheiros. 4ª edição – 2003. Pág. 695/6).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De pontuar a relevância deste reconhecimento constitucional e da lei especial, que naturalmente não teve por fim constituir uma casta profissional, mas está indissociavelmente atado às garantias e direitos individuais e sociais, quando estes direitos são ameaçados ou violados por ato de autoridade pública, já que o advogado dispõe de recursos técnicos para, no manejo dos instrumentos processuais adequados, trabalhar para solucioná-los através do Judiciário.

O árduo processo de valorização do trabalho do advogado e sua indispensabilidade à administração da Justiça, na exata dicção do art. 133, da CF/88, passa, necessariamente, pela fixação da sucumbência, sob pena de retirar desse instituto o caráter pedagógico e impeditivo de aventuras jurídicas, que a cada dia assoberbam o Poder Judiciário.

Tanto é verdade que pesquisa recente demonstrou que o Poder Público é o maior demandante em todos os tribunais do país, e em matéria de mandado de segurança (cujo escopo destina-se a proteger direito líquido e certo) não é crível, tampouco razoável, que o jurisdicionado tenha que contratar advogado para se defender de ato abusivo ou ilegal de autoridade pública e aquele não sofra nem tipo de penalização, caso vencido.

Ora, se o Poder Público viola direito líquido e certo do jurisdicionado, e este necessita contratar advogado para defender seus interesses e ver reconhecida, judicialmente, a ilegalidade ou abusividade perpetrada, é indiscutível a inconstitucionalidade do art. 25 ora impugnado, posto que a condenação do vencido na verba sucumbencial é consequência natural e inexorável de toda a qualquer lide.

Não deve o Poder Público, nessas situações de cometimento de ilegalidade ou abusividade, não amparadas por habeas corpus ou habeas data, e diante do reconhecimento judicial do direito líquido e certo do jurisdicionado, sair ileso à tal contenda.

Nesse contexto, a verba sucumbencial tem por escopo o necessário caráter pedagógico que exsurge de toda e qualquer lide, posto que não é justo que aquele que se vir atingido por ato ilegal ou abusivo da autoridade pública deve arcar, integralmente, com os honorários do seu advogado, enquanto ao Estado nenhuma penalidade pecuniária se imporá, ainda que sob a forma de honorários sucumbenciais. Este, assim, se enriquece indevidamente.

Pede-se, com tais considerações, a declaração de inconstitucionalidade do art. 25, da Lei nº 12.016/09, no trecho que exclui a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência, por manifesta contrariedade ao art. 133, da Carta da República, suspendendo-se, pois, a eficácia do dispositivo.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

3 - DO PEDIDO CAUTELAR:

Todos os graves danos à ordem jurídica constitucional indicados no item 2 estão ocorrendo desde 10/08/2009 (data da publicação da Lei nº 12.016/09 no Diário Oficial da União).

Não existe tempo processualmente hábil para a espera do julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade, de modo que qualquer fator de espera somente fará perpetuar o presente estado de grave inconstitucionalidade e de violação à máxima efetividade concedida pela Carta da República ao Mandado de Segurança.

Todo esse quadro está a justificar a concessão da medida cautelar, suspendendo a eficácia dos dispositivos ora combatidos, até o julgamento definitivo da presente ação.

4 - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) a notificação da **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, e da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração da **Lei nº 12.016, de 07/08/2009**, ora questionada, manifeste-se, querendo, no prazo de cinco dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, para suspender a eficácia dos dispositivos legais (§2º do art. 1º, inciso III e parágrafo 2º do art. 7º, § 2º do art. 22, art. 23 e art. 25), até o julgamento do mérito;

c) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

e) a procedência do pedido de mérito, para que seja **declarada a inconstitucionalidade** do §2º do art. 1º, inciso III e parágrafo 2º do art. 7º, § 2º do art. 22, art. 23 e art. 25, dispositivos da Lei nº 12.016/09 ou, acaso não atendido esse pleito, que seja conferida interpretação conforme à Constituição Federal 1988, de modo a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

impedir seja esvaziado o direito e a garantia fundamental do mandado de segurança, na sua máxima eficácia, evitando-se que seja ele medida inócua à proteção dos jurisdicionados contra atos ilegais ou abusivos advindos de autoridade pública.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 14 de setembro de 2009.

Gezar Britto
Presidente do Conselho Federal da
OAB

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Junior
OAB/DF 16.275

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS ANEXOS

- DOCUMENTO 01 – Certidão de decisão plenária do Conselho Federal da OAB tomada no processo nº 2009.18.06502-01;
- DOCUMENTO 02 – Ata de posse da atual diretoria do Conselho Federal da OAB;
- DOCUMENTO 03 – Texto Integral da Lei 12.016/09;
- DOCUMENTO 04 – Parecer do Conselheiro Federal Valmir Pontes;