

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.296 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
ADV.(A/S)	: ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CÂMARA DOS DEPUTADOS
INTDO.(A/S)	: SENADO FEDERAL

ACESSO AO JUDICIÁRIO. É garantia constitucional o livre acesso ao Judiciário, visando afastar lesão ou ameaça a direito – inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

MANDADO DE SEGURANÇA – ENVERGADURA. O mandado de segurança tem envergadura constitucional, pressupondo o envolvimento de maltrato a direito líquido e certo – inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

PRIMADO DO JUDICIÁRIO. Ao Estado-juiz cumpre pronunciar-se sobre o conflito de interesses, não cabendo impor limitações considerada a qualificação do acionado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.296 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
ADV.(A/S) : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CÂMARA DOS DEPUTADOS
INTDO.(A/S) : SENADO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Hazenclever Lopes Cançado Júnior:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou esta ação direta, com pedido de liminar, buscando ver declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, dos artigos 1º, § 2º; 7º, inciso III e § 2º; 22, § 2º, 23 e 25, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, mediante a qual disciplinado o mandado de segurança individual e coletivo. Eis o teor:

Art. 1º [...]

[...]

§ 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.

[...]

§ 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.

ADI 4296 / DF

Aponta violados os artigos 2º, 5º, cabeça e incisos XXXV e LXIX, e 133 da Constituição Federal.

Discorre sobre a previsão constitucional do mandado de segurança, visando a preservação do Estado Democrático de Direito. Diz inadequada legislação a mitigar a eficácia do comando de envergadura maior.

Afirma restringida a possibilidade de impetração. Frisa o cabimento, considerados atos ilegais atribuídos ao Poder Público, sendo desinfluyente a natureza.

Ressalta inobservado o princípio da inafastabilidade da jurisdição ante a faculdade de exigir-se, do impetrante, caução, fiança ou depósito considerado acolhimento do pedido liminar. Evoca doutrina e jurisprudência do Supremo.

Articula com a impossibilidade, mediante lei, de vedar-se deferimento de medida acauteladora que tenha por objeto a compensação de crédito tributário, a entrega de mercadoria e bem proveniente do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidor público e a concessão de aumento ou a extensão de vantagem ou pagamento de qualquer natureza. Sublinha negado o controle judicial de ato administrativo, a inviabilizar o exercício de atividade comercial e a recomposição de perda de valores. Realça o caráter autoritário da norma.

Destaca condicionado o implemento da providência de urgência à audição da parte contrária. Salienta que o prazo de 72 horas pode implicar o perecimento do direito. Sustenta subtraídos do magistrado o poder geral de cautela e o dever de dizer o direito.

Salienta que a fixação do prazo decadencial de 120 dias, visando o ajuizamento da ação, limita o acesso ao Judiciário.

Alude à natureza alimentar dos honorários advocatícios. Menciona o processo de valorização da profissão. Tem como afastada a índole pedagógica da sucumbência.

Sob o ângulo do risco, refere-se a dano à ordem jurídica.

Requeru, no campo efêmero e precário, a suspensão da eficácia dos artigos 1º, § 2º; 7º, inciso III e § 2º; 22, § 2º; 23 e 25 da Lei nº 12.016/2009. Postula, alfim, a declaração de inconstitucionalidade. Sucessivamente, busca seja dada interpretação conforme à Constituição, a fim de preservar a máxima efetividade atribuída ao mandado de segurança, viabilizando-se o deferimento de liminar uma vez atendidos os pressupostos de cabimento.

Vossa Excelência acionou o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, determinando fossem providenciadas informações, manifestação da Advocacia-Geral da União e parecer da Procuradoria-Geral da República.

O Presidente da República afirma a inadmissibilidade parcial da ação, reportando-se à necessidade de ouvir, em 72 horas, representante judicial da pessoa jurídica de direito público. Diz não impugnado o complexo normativo, considerada norma prevista no artigo 2º da Lei nº 8.437/1992. Quanto ao mérito, ressalta pertencerem ao campo do direito privado os atos de gestão comercial praticados por administradores de empresa pública, sociedade de economia mista e concessionária de serviço público. Realça ter o magistrado, caso conclua pela antecipação de tutela, a faculdade de exigir do impetrante garantia a fim de evitar dano à pessoa jurídica. Frisa não compatível com provimento jurisdicional de índole provisória a compensação tributária. Menciona a irreversibilidade de ato que implique entrega de bem, mercadoria ou coisa. Sublinha ser satisfatória decisão por meio da qual concedido aumento ou extensão de vantagem a

servidor público. Salienta a natureza constitucional do mandado de segurança. Evoca os verbetes nº 512 e 632 da Súmula do Supremo no sentido do não cabimento de honorários de advogado e da constitucionalidade de lei que fixa o prazo de decadência para a impetração. Menciona a possibilidade de requerer a providência jurisdicional na via ordinária. Enfatiza preservado o interesse público. Sustenta a improcedência do pedido.

O Presidente da Câmara dos Deputados informa o regular processamento da matéria, à luz das normas constitucionais e regimentais.

O do Senado Federal reporta-se a entendimento consolidado em relação ao tema. Diz do caráter de direito privado do ato de gestão. Assinala facultada, caso o magistrado decida no sentido do deferimento da liminar, a exigência de contracautela objetivando assegurar o ressarcimento de pessoa jurídica. Assevera a impossibilidade de implemento de medida de urgência, considerados compensação de crédito tributário, entrega de bem, reclassificação ou equiparação de servidor público, concessão de aumento ou extensão de vantagem ou pagamento de qualquer natureza. Aponta razoável exigir-se a audiência, em 72 horas, do representante judicial da pessoa jurídica de direito público. Ressalta não haver prejuízo a previsão de prazo decadencial de 120 dias para a formalização do mandado de segurança. Alude à natureza constitucional do instrumento. Sustenta que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios implica desestímulo à impetração. Afirma a improcedência do pedido.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pela inadmissibilidade parcial da ação quanto à expressão “compensação de créditos tributários” contida no § 2º do artigo 7º e ao artigo 22, § 2º, uma vez não impugnado complexo normativo. Relativamente ao mérito, opina no sentido da

improcedência do pedido, nos seguintes termos:

Constitucional. Nova Lei do Mandado de Segurança. Preliminar de não conhecimento da ação no que tange à expressão “compensação de créditos tributários”, contida no § 2º do art. 7º, e em relação ao § 2º do art. 22 da Lei nº 12.016/09, diante da ausência de impugnação de todo o complexo normativo. Normas que determinam o não cabimento de mandado de segurança contra atos de gestão comercial; a exigência de caução, fiança ou depósito, como condição à concessão de liminar em mandado de segurança; a exigência de oitiva prévia do representante judicial, para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo; a imposição de prazo decadencial de 120 dias para a impetração do *mandamus*; e a vedação de condenação ao pagamento de honorários advocatícios no *writ*. Não configuração de ofensa aos arts. 2º, 5º, caput, e incisos XXXV e LXIX e 170, todos da Constituição Federal. Normas que se limitam a positivizar súmulas do STF e a incorporar legislação federal pré-existente. Manifestação pelo não conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissibilidade parcial da ação no tocante aos artigos 1º, § 2º, e 22, § 2º, levando em conta a ausência de impugnação do complexo normativo. Quanto ao mérito, pela improcedência do pedido, ante fundamentos assim resumidos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). Não-conhecimento da ação quanto aos artigos 1º, § 2º, e 22, § 2º, por ausência de impugnação de todo o complexo normativo a respeito das matérias neles veiculadas. Mérito. Alegações de afronta aos artigos 5º, XXXV, LXIX e LXX, 133 e 170, parágrafo único da CR. Inexistência das

ADI 4296 / DF

inconstitucionalidades apontadas. Parecer pelo conhecimento parcial da ação e, nessa medida, pela improcedência do pedido.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.296 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A inicial contém causa de pedir e pedido relativamente aos preceitos questionados. A articulação sobre a ausência de impugnação do complexo normativo não pode servir de base a concluir-se que toda e qualquer ação deve envolver a totalidade da lei atacada. Assim, não vinga o que afirmado pelo Presidente da República quanto ao artigo 2º da Lei nº 8.437/1992. Esse dispositivo não é alvo da irresignação inicial, sendo inadequado potencializar a óptica do entrelaçamento.

Da mesma forma descabe assentar a procedência do apontado pela Advocacia-Geral da União no tocante aos artigos 7º, § 2º, e 22, § 2º, da Lei nº 12.016/2009.

O § 2º do artigo 7º revela a impossibilidade de implemento de liminar visando compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de serviços públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O § 2º do artigo 22 prevê que tutela de urgência, em mandado de segurança coletivo, somente pode ser deferida uma vez estabelecido o contraditório, ou seja, após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá pronunciar-se em até 72 horas.

Mais uma vez tem-se argumentação a partir do entendimento de que todo o complexo normativo, certamente da Lei envolvida nesta ação direta de inconstitucionalidade, a de nº 12.016/2009, deveria ser impugnado.

Os dispositivos mostram-se, em termos de normatividade, abstratos e autônomos, desafiando o controle concentrado.

O artigo 1º, § 2º, em relação ao qual a Procuradoria-Geral da República tem como inadmissível a ação, versa o não cabimento do 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.

ADI 4296 / DF

Verifica-se normatividade abstrata e autônoma, sendo impróprio concluir pela inviabilidade do crivo mediante a ação ajuizada.

Cumpra afastar o articulado pela Procuradoria relativamente ao § 2º do artigo 22, levando em conta o versado em preliminar da Advocacia-Geral da União. Cabe examinar a harmonia, ou não, do preceito com a Constituição.

Rejeito as preliminares suscitadas.

Do principal rol das garantias constitucionais surgem o direito de livre acesso ao Judiciário e a previsão do mandado de segurança:

Art. 5º [...]

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

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;

O § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009 dispõe:

Art. 1º [...]

[...]

§ 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.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, atuando em geral, submetem-se, a teor do artigo 173 da Constituição Federal, às leis. São pessoas jurídicas de direito privado. Logo, se praticados atos de gestão comercial por administradores, ficam sujeitos a impugnação em

ADI 4296 / DF

Juízo, caso se mostrem contrários a interesse do cidadão. Não há razoabilidade em dizer-se que este pode ajuizar ação ordinária, mas não mandamental, valendo ressaltar, mais uma vez, que essa última tem envergadura constitucional – inciso LXIX do artigo 5º referido.

O acesso ao Judiciário deve ser amplo, sendo impertinente dizer, de antemão, inadequada esta ou aquela ação. Importante é que se tenha no cenário jurídico conflito de interesses. Então o prejudicado pode, de início, utilizar a via ordinária ou a do mandado de segurança.

Assento a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009.

No tocante ao inciso III do artigo 7º do diploma em exame, surge a incongruência. Submete-se o pedido ao Estado-juiz e exige-se, daquele alegadamente prejudicado em certo direito, que, para alcançar pronunciamento favorável, preste caução, fiança ou faça depósito. O que previsto não só esvazia o direito ao acesso ao Judiciário como também mitiga a importância do Estado-juiz, condicionando a ônus indevido o alcance a decisão favorável.

Possível ressarcimento deve ser buscado pela pessoa jurídica mediante o instrumental próprio, não cabendo estabelecer como condição ao exercício da ação mandamental a segurança do Juízo a ser implementada pelo autor.

Declaro inconstitucional a expressão “sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento a pessoa jurídica” contida no inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009.

A irresignação segue direcionada ao § 2º do referido artigo 7º. Verifica-se, a um só tempo, a mitigação do mandado de segurança, afastando certos objetos, e a colocação em segundo plano do primado do Judiciário, da atuação do Estado-juiz. A este cabe examinar o pedido formulado e, ante o arcabouço normativo, concluir pela adequação, ou não, da tutela de urgência, pouco importando o sentido desta.

ADI 4296 / DF

O preceito dá à Fazenda Pública tratamento preferencial incompatível com o Estado Democrático de Direito, relegando à inocuidade possível direito líquido e certo a ser examinado pelo julgador daquele que se diga prejudicado por um ato público.

Assento a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009.

A cabeça do artigo 22 não contém previsão incompatível com a Constituição Federal, no que disciplina o alcance da coisa julgada quanto ao mandado de segurança coletivo, impetrado na forma do inciso LXX do artigo 5º da Carta da República. Atuando órgão de classe, o pronunciamento judiciário se faz na extensão dos substituídos, ou seja, dos integrantes da categoria.

O § 2º versa que a liminar somente pode ser implementada após audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas. O preceito contraria o sistema judicial alusivo à tutela de urgência. Se esta surge cabível no caso concreto, é impertinente, sob pena de risco do perecimento do direito, estabelecer contraditório ouvindo-se, antes de qualquer providência, o patrono da pessoa jurídica. Conflita com o acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito.

Tenho como inconstitucional o artigo 22, § 2º, da Lei nº 12.016/2009.

O artigo 23 fixa prazo decadencial de 120 dias para formalizar-se mandado de segurança. Há de buscar-se a unidade do sistema. O cidadão conta com o quinquênio para acionar a Administração Pública. Não é razoável estabelecer-se, para a impetração, período diverso, estranho à ordem jurídica, à disciplina constitucional. O estabelecimento dos 120 dias para a formalização, permanecendo a via ordinária, esvazia a importância da ação mandamental.

Acolho o pedido, declarando a inconstitucionalidade do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009.

O artigo 25 exclui a possibilidade de ter-se condenação, em sede de mandado de segurança, a honorários advocatícios. Mais uma vez normatizou-se na contramão de princípio básico. Aquele que se vê compelido a ingressar em Juízo para afastar ameaça de lesão ou lesão a direito não pode ter o patrimônio diminuído. Isto ocorrerá se titular de direito líquido e certo vier a ter a ordem deferida sem a condenação da Fazenda nos honorários advocatícios.

Na ação mandamental, exige-se que o subscritor da inicial tenha capacidade postulatória. Então, o titular do direito maltratado precisa contratar advogado e, evidentemente, satisfazer os honorários. Vencedor na causa, a consequência lógica é a condenação ao pagamento.

A problemática da aplicação de sanção considerada litigância de má-fé encontra disciplina no Código de Processo Civil, não surgindo lacuna normativa.

Declaro inconstitucional a expressão “e a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”, constante no artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Julgo parcialmente procedente o pedido, para assentar a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 2º; da expressão “sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento a pessoa jurídica”, contida no inciso III do artigo 7º; dos artigos 7º, § 2º; 22º, § 2º; 23; e da expressão “e a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”, constante do artigo 25, todos da Lei nº 12.016/2009.