

Dimitri **Dimoulis** Soraya **Lunardi**

Curso de **PROCESSO
CONSTITUCIONAL**

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
E REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

5ª edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MATYMI ONO

Editores: Aline Darcy Flor de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativas Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMERA

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Estagiários: Angélica Andrade, Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecino, Maria Cecília Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Dimoulis, Dimitri
Curso de processo constitucional / Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. -- 5. ed. rev.
atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ISBN: 978-85-203-7114-5

1. Direito constitucional 2. Direito constitucional - Brasil 3. Direito processual
4. Direito processual - Brasil I. Lunardi, Soraya. II. Título.

17-03786

CDU-342:347.9(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Processo constitucional: Direito 342:347.9(81)

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

SUMÁRIO: 1. *Habeas corpus*. 1.1. Normas vigentes. 1.2. Objetivos e características. 1.3. Legitimação. 1.3.1. Legitimação ativa. 1.3.2. Legitimação passiva. 1.4. Competência. 1.5. Objeto. 1.6. Parâmetro. 1.7. Procedimento. 1.8. Sentença e efeitos. 1.9. Recursos. 1.10. Leituras de aprofundamento. 2. Mandado de segurança. 2.1. Normas vigentes. 2.2. Objetivos e características. 2.3. Legitimação. 2.3.1. Legitimidade ativa. 2.3.2. Legitimidade passiva. 2.3.3. Litisconsórcio ativo e passivo. 2.4. Competência. 2.5. Objeto. 2.6. Parâmetro. 2.7. Procedimento. 2.7.1. Petição inicial. 2.7.2. Prazo. 2.7.3. Medidas liminares. 2.7.4. Trâmite. 2.8. Sentença e efeitos. 2.9. Recursos. 2.10. Peculiaridades do mandado de segurança coletivo. 2.10.1. Objeto. 2.10.2. Legitimados. 2.10.3. Litispendência. 2.10.4. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo. 2.11. Leituras de aprofundamento. 3. Mandado de injunção. 3.1. Normas vigentes. 3.2. Objetivos e características. 3.3. Legitimação. 3.4. Competência. 3.5. Objeto. 3.6. Parâmetro. 3.7. Procedimento. 3.8. Sentença e efeitos. 3.9. Recursos. 3.10. Leituras de aprofundamento. 4. *Habeas data*. 4.1. Normas vigentes. 4.2. Objetivos e características. 4.3. Legitimação. 4.4. Competência. 4.5. Objeto. 4.6. Parâmetro. 4.7. Procedimento. 4.8. Sentença e efeitos. 4.9. Recursos. 4.10. Leituras de aprofundamento. 5. Ação popular. 5.1. Normas vigentes. 5.2. Objetivos e características. 5.3. Legitimação. 5.3.1. Legitimado ativo. 5.3.2. Legitimado passivo. 5.4. Competência. 5.5. Objeto. 5.6. Parâmetro. 5.7. Procedimento. 5.8. Sentença e seus efeitos. 5.9. Recursos. 5.10. Leituras de aprofundamento.

Os remédios constitucionais¹ são processos regulamentados pela Constituição com a finalidade de reparar judicialmente danos e/ou afastar impedimentos no exercício de direitos fundamentais causados por decisões estatais com vício jurídico bem como para concretizar direitos fundamentais.

Utilizamos *quatro* critérios para incluir um remédio no processo constitucional no sentido amplo. Primeiro, sua regulamentação – ainda que rudimentar – pela Constituição. Segundo, o fato de o Estado ser causador da lesão. Terceiro, a finalidade de tutelar direitos fundamentais. Quarto, deve se tratar de remédio de competência judicial (excluindo os extrajudiciais).²

Mesmo não sendo exclusivamente dedicados ao controle de constitucionalidade, os remédios constitucionais são analisados aqui por duas razões. Do ponto de vista didático, fazem tradicionalmente parte do estudo do processo constitucional, porque se relacionam com a tutela dos direitos fundamentais. Já do ponto de vista teórico, fazem parte do processo constitucional no sentido amplo, pois fiscalizam a regularidade normativa de atos estatais tutelando direitos constitucionais.

1. Sobre as características dos remédios constitucionais e os problemas terminológicos, cf. Tavares, 2008, p. 855-863; Rodrigues, 2010.

2. Sobre essa distinção, cf. Rodrigues, 2014, p. 10-25.

Do ponto de vista processual, apesar de serem comuns as denominações “remédios”, “recursos”, “garantias” ou “writs” (adotando o termo inglês), trata-se de ações. Suas características são estudadas em seguida.

Do ponto de vista constitucional, essas ações objetivam garantir direitos fundamentais de determinados titulares. Por essa razão, ainda que a ação tenha caráter coletivo, configura “garantia individual”, protegida como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

1. Habeas corpus

1.1. Normas vigentes

Constituição Federal

“Art. 5º, LXVIII – Conceder-se-á ‘habeas-corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Código de Processo Penal

“Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade.

Art. 653. Ordenada a soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação.

Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterá:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;

b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Art. 658. O detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso.

Art. 659. Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.

Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se por outro motivo dever ser mantido na prisão.

§ 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

§ 3º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrar o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.

§ 4º Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.

§ 5º Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.

§ 6º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido pelo telégrafo, se houver, observadas as formalidades estabelecidas no art. 289, § único, in fine, ou por via postal.

Art. 661. Em caso de competência originária do Tribunal de Apelação, a petição de habeas corpus será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se.

Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

Parágrafo único. A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente."

1.2. *Objetivos e características*

O *habeas corpus* é ação constitucional que objetiva preservar a liberdade do indivíduo, como indica o significado do termo em latim: "você possui o seu corpo". De origem inglesa, é adotado em muitos países. Garantido na Constituição brasileira de 1891, encontra-se, desde então, previsto em todas as Constituições federais. Nos últimos anos há forte tendência de aumento do número de *habeas corpus*, que pode ser atribuída tanto ao fortalecimento das Defensorias públicas, que tutelam interesses da população pobre que costuma ser objeto de perseguição penal, como nas oscilações da jurisprudência que favorecem os contínuos questionamentos.³

O direito fundamental tutelado pelo *habeas corpus* é a liberdade de locomoção. Mas, sabendo que a livre locomoção é pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais (não se pode exercer a liberdade profissional, nem participar de uma passeata, nem preservar a privacidade sendo preso), o *habeas corpus* garante indiretamente todos esses direitos fundamentais.

A privação de liberdade de ir e vir ocorre na maioria dos casos em âmbito penal. Por essa razão, o *habeas corpus* é regulamentado no Código de Processo Penal (arts. 648-664), assim como no Código de Processo Penal militar (arts. 466-480). Mas isso não impede seu uso em qualquer situação de ameaça ou lesão da liberdade de ir e vir oriunda de autoridade estatal.

O *habeas corpus* constitui ação de resistência do indivíduo contra restrição injustificada da livre locomoção. Sua característica processual é a carga de *eficácia mandamental*. A decisão que defere *habeas corpus* constitui uma ordem, ao contrário da maioria

3. Bottino, 2016, p. 59-60, 101.

das sentenças. Quem a descumprir comete o crime de desobediência, punido com pena privativa de liberdade nos termos do art. 330 do Código Penal.

1.3. Legitimação

1.3.1. Legitimação ativa

Quem apresenta o pedido de *habeas corpus* é denominado impetrante. Pode interpor o writ qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de comprovar vínculo com o interessado ou com a causa, sendo também possível a impetração pelo Ministério Público ou a concessão de *habeas corpus* de ofício pelo juiz (art. 654 do Código de Processo Penal). Temos aqui um caso de legitimidade ativa universal, o que é inusitado no direito brasileiro. O *habeas corpus* é também uma das exceções à obrigatoriedade de apresentação de pedidos perante o judiciário por meio de advogado.

O interessado direto é denominado “paciente”. Caso a impetração tenha sido feita por terceiro, o paciente pode se manifestar sobre o writ, sendo considerado prejudicado *habeas corpus* com o qual ele não concorde.⁴

O art. 647 do Código de Processo Penal permite que se beneficie de *habeas corpus* qualquer pessoa, ampliando a proteção constitucional da liberdade de ir e vir, que só diz respeito aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil.⁵ Como vimos, uma pessoa jurídica pode impetrar *habeas corpus* em razão da legitimidade ativa universal. Mas, dado o conteúdo (área de proteção) do direito de ir e vir, a pessoa jurídica não pode exercê-lo, logo não pode ser paciente.

Há decisões que conhecem *habeas corpus* impetrado em favor do nascituro para impedir a realização de aborto judicialmente autorizado.⁶ Essa interpretação extensiva da titularidade entra em choque com a formulação constitucional. O feto não pode exercer direitos fundamentais e seguramente não tem a possibilidade de se locomover livremente, não sendo o *habeas corpus* o writ indicado para tutelar eventual interesse de impedir o aborto.

Houve também impetração de *habeas corpus* em prol de animais, em particular de primatas que vivem em situação de confinamento. Segundo jurisprudência constante⁷, isso é impossível, já que os direitos fundamentais só pertencem a seres humanos.⁸

Ressalta-se que, para interposição de *habeas corpus*, não há prazo. Enquanto perdurar a restrição ou ameaça de restrição da liberdade de locomoção, é possível impetrar o writ, perdendo objeto após o fim da situação de constrangimento ilegal.

1.3.2. Legitimação passiva

Legitimado passivo no *habeas corpus* é a autoridade que causou a privação da liberdade de locomoção (autoridade coatora). Tendo ocorrido, por exemplo, prisão por ordem

4. Regimento interno do STF, art. 193, § 3º.

5. Dimoulis e Martins, 2012, p. 72-77.

6. Jurisprudência em Franco, 2004, p. 1077.

7. Superior Tribunal de Justiça, Medida Liminar, *Habeas Corpus* 96.344, Rel. Min. Castro Meira, julg. 4-12-2007. Jurisprudência e discussão em Föppel e Santana, 2009, p. 45; Rodrigues, 2014, p. 40.

8. Cf. os debates sobre direitos dos animais em Sunstein e Nussbaum, 2005.

judicial, o *habeas corpus* será impetrado contra o juiz da comarca, e não contra os agentes que efetuaram a prisão ou que guardam o preso. Alguns doutrinadores consideram que pode ser apontado como coator particular que afeta a liberdade de ir e vir de outra pessoa.⁹ Há também decisões que concedem *habeas corpus* contra particulares. Exemplos: um idoso é mantido em asilo ou hospital contra a sua vontade; cliente é impedido de entrar em estabelecimento comercial de acesso público; criança é impedida de permanecer com um dos pais em razão de decisão judicial que atribui a guarda ao outro.¹⁰

Essa opção não nos parece correta. A privação de liberdade por um particular é, via de regra, um ato ilegal. Caberia *habeas corpus* somente nos casos em que o particular atua como autoridade pública, por exemplo, quando prende alguém em flagrante delito (art. 301 do Código de Processo Penal). Nos demais casos de privação de liberdade por particular, é suficiente informar a polícia da ocorrência do crime de sequestro ou de cárcere privado para resolver o problema. Já nos casos de guarda de filhos ou de acesso a propriedade privada, a vedação não configura coação ilegal, pois o particular não possui tal poder, devendo os eventuais direitos lesados ser discutidos em sede processual própria (processo de guarda, ação de danos morais).

1.4. Competência

Critério inicial para determinar a competência é a identidade da autoridade coatora. Sendo autoridade federal, será competente a justiça federal; sendo estadual ou municipal ou um particular, decide a justiça estadual.

Em segundo lugar, aplica-se o critério da territorialidade, decidindo cada órgão do Judiciário nos limites de sua competência territorial com base no lugar onde ocorre a coação.

Em terceiro lugar, aplica-se o critério hierárquico quando a autoridade coatora pertence ao Judiciário. Nessa hipótese, o *habeas corpus* é julgado pelo Tribunal imediatamente superior, por exemplo, o Tribunal Regional Federal conhece *habeas corpus* impetrado contra decisão de juízes federais de primeira instância. Pergunta-se se deve ser seguido o critério da hierarquia administrativa, com base na subordinação administrativa dos tribunais, ou o critério da ordem jurisdicional, cabendo o julgamento do *habeas corpus* à próxima instância recursal. O STF decidiu que se aplica a hierarquia administrativa. Assim, quando é impetrado *habeas corpus* contra decisão da Turma recursal do juizado criminal, o *habeas corpus* julga-se pelo Tribunal de Justiça, e não pelo STF, que examina recursos contra decisões das Turmas recursais.¹¹

Em quarto lugar, temos o critério da prerrogativa de foro. Atribui-se competência originária e excepcional para julgamento de *habeas corpus* quando o paciente ou o coator possuem foro privativo em matéria penal.¹² Exemplo: compete ao STJ julgar *habeas corpus* quando o coator ou o paciente forem uma das autoridades mencionadas no art. 105, I, “a” e “c”.

9. Föppel e Santana, 2009, p. 46-47; Rodrigues, 2014, p. 41.

10. Jurisprudência em Franco, 2004, p. 1.078-1.079, 1.411-1.413.

11. *Habeas Corpus* 86834, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23-8-2006.

12. Detalhadamente Franco, 2004, p. 1430-1523.

1.5. Objeto

O *habeas corpus* tutela a liberdade de locomoção. No início do século XX, a jurisprudência seguia a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que permitia conhecer o writ em qualquer caso de violação de direito fundamental não protegido por outro remédio. A justificativa (bastante duvidosa) era que a violação de um direito fundamental envolve quase sempre restrição da liberdade de ir e vir.

Na atualidade, cabe *habeas corpus* somente se a liberdade de locomoção for diretamente atingida. Exemplo: quando a polícia proíbe uma passeata não se impetra *habeas corpus*, apesar de a proibição impedir que uma pessoa exerça sua liberdade de locomoção no momento e no local previstos para a passeata. A explicação é que o interessado não deseja se locomover, mas participar da passeata, sendo a locomoção um meio para tal.

Mesmo assim, há decisões que seguem ainda a doutrina brasileira do *habeas corpus*, concedendo o writ para tutelar a liberdade religiosa, a liberdade artística, a liberdade profissional, o direito de permanecer calado em investigação ou de consultar documentos públicos.¹³ De maneira semelhante foi considerado que cabe *habeas corpus* contra a suspensão da CNH se essa pena foi acessória da pena de prisão.¹⁴

A violação ou ameaça da liberdade de ir e vir deve ser atual. Não se discute mediante *habeas corpus* a legalidade de prisão após a soltura do interessado ou sua morte. Em tal caso, cabe pedido de indenização ou de declaração de nulidade da prisão por meio de outras ações ou recursos. Também devem ser identificados os pacientes e as autoridades coatoras, não prosperando *habeas corpus* que alega, por exemplo, que, quando da ocupação de rodovia por manifestantes, o público não podia se locomover ou que alguém está sendo perseguido “pelo Estado”.¹⁵

O *habeas corpus* pode ser repressivo (liberatório) ou preventivo. No caso do preventivo, deve ser demonstrada ameaça concreta e atual, existindo, por exemplo, mandado de prisão.

A liberdade de locomoção como objeto de *habeas corpus* inclui o aspecto negativo do direito de não se locomover, permanecendo em determinado lugar. Assim, o estrangeiro ameaçado de expulsão do país pode impetrar *habeas corpus* para proteger seu direito de permanecer no país.¹⁶

A Constituição de 1988 exclui o impetrar *habeas corpus* em duas situações que afetam a liberdade de ir e vir. Primeiro, durante o estado de sítio decretado em caso de guerra ou agressão armada estrangeira, podendo ser suspensa a garantia do *habeas corpus* (arts. 137, II e 138). Segundo, nas punições disciplinares por faltas militares (art. 142, § 2º). Nesse caso, não se conhece *habeas corpus* para verificar o mérito da

13. Jurisprudência em Franco, 2004, p. 1072-1081; Rodrigues, 2014, p. 53, menciona *habeas corpus* concedido pela Justiça do Trabalho a jogador de futebol que desejava atuar profissionalmente em outro clube.

14. STJ, *Habeas corpus* 159.298, Rel. Min. Sebastião Reis, julg. 17-11-2011.

15. Jurisprudência em Franco, 2004, p. 1.395-1.297, 1.526.

16. STF, *Habeas Corpus* 72.082, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 19-4-1995.

punição, mas pode ser questionada a legalidade da punição, por exemplo, verificando se a autoridade que aplicou a sanção era competente ou se a pena estava prevista em lei.¹⁷

Por fim, o STF enumera em várias súmulas casos nos quais a jurisprudência exclui o *habeas corpus*.¹⁸ Exemplo: não cabe *habeas corpus* contra decisão de relator de processo que indefere medida liminar em outro *habeas corpus* impetrado perante Tribunal superior. O paciente deve aguardar a decisão definitiva do Tribunal superior sobre o primeiro *habeas corpus*.¹⁹

1.6. Parâmetro

Constituem parâmetros normativos para o julgamento de *habeas corpus* as normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem a liberdade de locomoção.

Inicialmente, o julgador verifica se há restrição ou ameaça concreta e atual ao direito de locomoção. Sendo a resposta negativa, o *habeas corpus* é indeferido. Sendo positiva, "Há privação do direito de locomoção de X? Sim, pois X está preso", passa-se à segunda etapa de controle.

Nesse segundo momento, o julgador examina se a restrição ou ameaça de restrição se justifica por normas vigentes. Se a resposta for positiva, o *habeas corpus* será indeferido. Sendo a resposta negativa, conceder-se-á o *writ*.

A relevância da segunda etapa está no fato de que ocorrem infinitas limitações de nossa liberdade de ir e vir sem que isso seja considerado ilegal. Semáforos e barreiras, muros, portas trancadas, proibições de acesso em edifícios públicos são exemplos de limitação lícita do direito de se locomover ou permanecer em determinados lugares.

Por essa razão, aquilo que deve ser verificado em *habeas corpus* não é só a ocorrência de limitação da liberdade de ir e vir, mas a sua justificativa. A Constituição especifica que a liberdade de locomoção é afetada de maneira não permitida quando há ilegalidade ou abuso de poder. O art. 648 do Código de Processo Penal menciona hipóteses de ilegalidade.²⁰ A lista não é exaustiva, podendo ser invocada qualquer violação de norma vigente.

A ilegalidade abrange também a inconstitucionalidade. Mesmo constatando que a limitação na liberdade de locomoção teve base legal, cabe ao julgador verificar se a lei invocada não padece de inconstitucionalidade, exercendo controle de constitucionalidade incidental e difuso.²¹

Há abuso de poder quando, apesar do aparente respeito à legalidade, a intervenção à liberdade de locomoção não satisfaz duas exigências. Primeiro, o uso da competência para fins permitidos. Uma prisão que foi decretada com todas as formalidades, mas só foi decidida para se vingar de um desafeto, constitui abuso de poder. Segundo, a fundamentação da medida conforme os imperativos do critério da proporcionalidade.²² Além

17. Mendes et al., 2008, p. 526; Rodrigues, 2014, p. 47-48.

18. STF, Súmulas 606, 691, 692, 693, 694, 695.

19. STF, Súmula 691. Análise da súmula e de suas exceções em Mendes et al., 2008, p. 527-530.

20. Föppel e Santana, 2009, p. 48-52.

21. STF, Recurso em Habeas Corpus 76.946, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 27-4-1999.

22. Dimoulis e Martins, 2012, p. 179-220.

do cumprimento das formalidades, deve ser demonstrado que o poder discricionário foi exercido com intensidade justificada. Exemplo: um dos motivos da prisão preventiva durante o inquérito policial ou a instrução criminal é a “garantia da ordem pública” (art. 312 do Código de Processo Penal). O despacho do juiz que decreta essa prisão precisa indicar por quais razões revela-se necessária, no caso concreto, a fim de garantir a ordem pública, não sendo suficientes as alternativas à prisão legalmente estabelecidas.

1.7. Procedimento

A regra fundamental do processo de *habeas corpus* é seu caráter sumaríssimo. A tramitação deve ser célere, sem apego a formalidades, típicas de outros processos. A petição inicial pode ser manuscrita, enviada por *e-mail* ou se limitar à transcrição de relato do impetrante feito oralmente ou por telefone. Também não se controla rigorosamente a ocorrência das condições da ação e não se exige atuação de advogado do impetrante.

Há decisões que não conhecem o pedido por falta de condições da ação, em particular de impossibilidade jurídica do pedido ou de falta de interesse de agir.²³ Mas na verdade tais decisões examinam o mérito da ação. Exemplo: quando se decide que não cabe *habeas corpus* em caso de punição disciplinar que não afeta a liberdade de ir e vir, a ação é considerada improcedente, pois não houve limitação da liberdade de locomoção.

A legislação não prevê concessão de medida liminar, porém são concedidas liminares com base em construção jurisprudencial autocriativa.²⁴

As regras processuais básicas encontram-se no Código de Processo Penal anteriormente transcritos. Após decidir sobre eventual pedido de liminar, o juiz pode pedir informações à autoridade coatora e ouvir o paciente. Caso ele esteja preso, pode determinar sua apresentação em juízo para colher informações. Em seguida, pede-se manifestação do Ministério Público e se examinam as provas apresentadas na petição inicial e nas manifestações dos demais participantes.

Dados o caráter sumaríssimo do processo e a simplicidade das questões fáticas do *writ*, o juiz não realiza diligências probatórias, sendo as provas apresentadas na petição inicial. Se as provas se encontram em poder de autoridade pública, o impetrante pode pedir que o juiz ordene sua apresentação.²⁵

Para o juiz de primeira instância, estabelece-se prazo de 24 horas para decisão após a conclusão do processo (art. 660 do Código de Processo Penal).

1.8. Sentença e efeitos

A sentença que defere o pedido de *habeas corpus* repressivo deve ser imediatamente comunicada à autoridade que mantém a pessoa presa para as devidas providências de soltura. No caso do *habeas corpus* preventivo, o juiz que defere o pedido expede o denominado salvo-conduto, ordenando a cessação da ameaça não justificada.

23. Exemplos em Franco, 2004, p. 1.366-1.381.

24. Franco, 2004, p. 1.546-1.558.

25. Jurisprudência em Franco, 2004, p. 1.560-1.571.

A decisão de deferimento constitui ordem (carga de eficácia mandamental). Quem a descumprir comete o crime de desobediência, punido com pena privativa de liberdade nos termos do art. 330 do Código Penal.

Não há previsão de condenação em custas ou ônus da sucumbência para o impetrante. Em caso de má-fé ou evidente abuso de poder, a autoridade coatora pode ser condenada a custas (art. 653 do Código de Processo Penal).

Após o trânsito em julgado de decisão que indefere *habeas corpus*, não se conhece novo writ que reproduz o anterior (mera reiteração). Contudo, a jurisprudência é unânime em considerar que a sentença denegatória não faz coisa julgada, podendo ser interposto novo *habeas corpus*, indicando novas provas ou fundamentos para a nova apresentação.²⁶ Exemplo: após indeferimento de writ que questionava a legalidade da prisão preventiva, apresenta-se novo pedido, alegando que não persiste mais a razão de sua decretação.

1.9. Recursos

A legislação prevê um recurso de ofício que o juiz de primeira instância deve interpor quando concede *habeas corpus* (art. 574 do Código de Processo Penal). A norma carece de justificativa por três razões. Primeiro, porque qualquer legitimado pode recorrer da decisão que considerar injustificada. Segundo, pois fere a independência e o prestígio dos magistrados, que são submetidos à obrigação de questionar sua própria decisão. Terceiro, visto que o art. 129, I, da Constituição Federal deu a titularidade exclusiva da ação penal ao Ministério Público, impedindo que o juiz interponha recursos sem provocação. Por isso devemos entender que o recurso de ofício é inconstitucional, apesar de sua admissão pelos Tribunais.²⁷

O art. 581, X, do Código de Processo Penal prevê recurso em sentido estrito contra qualquer decisão de *habeas corpus*. O prazo é de cinco dias (art. 30 da Lei 8.038). A Constituição Federal prevê que, em *habeas corpus* julgado em única instância por Tribunal superior, cabe recurso ordinário ao STF somente em caso de indeferimento (art. 102, II, *a*). O mesmo vale para recursos perante o STJ contra decisões de Tribunais de segunda instância (art. 105, II, *a*). Por fim, cabe recurso especial e extraordinário desde que preenchidos os requisitos de cada um.

1.10. Leituras de aprofundamento

Bottino, 2016; Föppel e Santana, 2009; Franco, 2004; Grinover et al., 2009; Mendes et al., 2008, p. 520-532; Miranda, 1999; Rodrigues, 2014, p. 31-57; Sidou, 2002.

2. Mandado de segurança

2.1. Normas vigentes

Constituição Federal

Art. 5º, 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.

26. Jurisprudência em Franco, 2004, p. 1.699-1.700, 1.705-1.712.

27. Franco, 2004, p. 1.654-1.657; Föppel e Santana, 2009, p. 64-65.

Art. 5º, LXX – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Lei 12.016 de 2009

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.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 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.

§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.

Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§ 1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§ 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§ 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil.

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III – de decisão judicial transitada em julgado.

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 6º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

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

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II – que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

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.

§ 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 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.

§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 8º Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§ 1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

§ 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

Art. 13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus.

§ 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

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 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 horas.

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

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.

Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

2.2. *Objetivos e características*

O mandado de segurança constitui ação de resistência do indivíduo contra decisão de autoridade estatal ou assemelhada nos casos de ilegalidade ou abuso de poder. Objetiva coibir excessos cometidos pelo poder público quando há plena evidência sobre o direito do interessado (direito líquido e certo).

Característica processual do mandado de segurança é a carga de eficácia preponderantemente²⁸ mandamental. A decisão que defere mandado de segurança constitui uma ordem, ao contrário da maioria das sentenças, que incluem apenas determinações. Quem a descumprir comete o crime de desobediência, punido com pena privativa de liberdade nos termos do art. 330 do Código Penal.

2.3. *Legitimação*

2.3.1. *Legitimidade ativa*

O mandado de segurança pode ser proposto por qualquer pessoa física ou jurídica. Apresentamos aqui casos discutidos pela doutrina e jurisprudência sobre possíveis limites da legitimação ativa:

a) Poderia haver dúvida pela redação do *caput* do art. 5º da CF se estrangeiro não residente no Brasil poderia propor mandado de segurança por prever que os direitos e garantias fundamentais nele indicados podem ser exercidos por “brasileiros e estrangeiros residentes no país”. Enquanto os estrangeiros que residem no país, ainda que ilegalmente, podem exercer os direitos e garantias do art. 5º, o mesmo não está previsto para os não residentes. Igual problema surge para pessoas jurídicas constituídas no exterior. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência entendem que todos os estrangeiros e as pessoas jurídicas regidas pelo direito de outro país podem impetrar

28. A carga de eficácia preponderante depende do tipo de pedido formulado. Há decisões de mandado de segurança com outra carga de eficácia preponderante. Exemplo: Se o interessado pedir que seja declarado seu direito a compensação tributária, a carga de eficácia preponderante será declaratória, pois a decisão não incluirá a ordem para que a autoridade fiscal realize a compensação. Cf. a súmula 213 do STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

mandado de segurança²⁹, sendo esse posicionamento aceito pacificamente pelos tribunais.³⁰ Concordamos com o posicionamento, observando que a amplíssima titularidade do mandado de segurança não decorre da Constituição, mas da Lei 12.016, que se refere a “qualquer pessoa física ou jurídica” (art. 1º).³¹

b) Além do titular do direito, pode também propor mandado de segurança o terceiro prejudicado pelo não exercício de direito líquido e certo alheio. Imaginemos que o titular do direito deixa de questionar ilegalidade da administração pública. Sua inércia pode prejudicar terceiros, como ocorre na hipótese de erro em listas de promoção no serviço público. O terceiro que está sendo atingido indiretamente pode impetrar mandado de segurança se o titular não o fizer em prazo de 30 dias após notificação judicial.³²

c) Pela redação do art. 1º da Lei 12.016, somente quem detém personalidade jurídica pode propor mandado de segurança. Pergunta-se se o *writ* pode ser também proposto por entes despersonalizados e universalidades patrimoniais, como as Assembleias Legislativas, os fundos financeiros ou os condomínios. Conforme o art. 75 do Código de Processo Civil, tais entidades podem pleitear em juízo por meio de seu representante, que será pessoa física ou jurídica. Logo, a melhor resposta é a que admite a propositura do mandado de segurança pelo titular de direito líquido e certo, devendo ser identificado, em cada caso, quem possui capacidade processual para defender judicialmente esse direito.³³

d) Em prol de categorias representadas por uma pessoa jurídica, como associações, sociedades, sindicatos ou partidos políticos, pode ser proposto mandado de segurança seguindo o mesmo raciocínio. Nesses casos, o representante deve comprovar interesse subjetivo, só podendo propor a demanda para benefício próprio ou de seus associados.³⁴ Não se trata, portanto, de representar interesses gerais da comunidade, tutelados mediante Ação popular e Ação civil pública que não podem ser substituídas pelo mandado de segurança (Súmula 101 do STF). Mesmo assim, em recente decisão monocrática, o STF considerou que o partido político, em razão de sua ampla representatividade, pode defender interesses que não são específicos de seus filiados, cabendo a ele a “defesa da ordem institucional”.³⁵ A decisão objetiviza um processo subjetivo como o mandado de segurança, carecendo de justificativa jurídica.

2.3.2. Legitimidade passiva

O legitimado passivo no mandado de segurança é a autoridade coatora (impetrada) que atua como representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada.³⁶

29. Tavares, 2009c, p. 49; Vitta, 2010, p. 18; Almeida, 2007, p. 451.

30. STF, Recurso Extraordinário 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 24-4-2001.

31. Isso significa que uma lei posterior pode limitar a possibilidade de estrangeiros não residentes impetrarem mandado de segurança sem que se torne inconstitucional.

32. Art. 3º da Lei 12.016. Cf. Almeida et al., 2011, p. 116-123 e a Súmula 628 do STF.

33. Meirelles, 2003, p. 57.

34. Meirelles, 2003, p. 57.

35. STF, Medida cautelar no Mandado de Segurança 30.070, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 18-3-2016.

36. Bueno, 2006, p. 50.

sendo, por exemplo, impugnado um ato do Ministro de Estado da Saúde, ele – e não a União – integra o polo passivo do processo.

A citação da pessoa jurídica de direito público interessada não é obrigatória, pois no mandado de segurança não é possível a defesa da pessoa jurídica que sofrerá as consequências de eventual deferimento. Mas a Lei 12.016 dispõe (art. 6, *caput*) que o impetrante deve indicar a autoridade coatora que será notificada da propositura da demanda bem como a pessoa jurídica à qual pertence, podendo esta última se manifestar.

A Lei 12.016 se refere a “autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. Considera-se, portanto, “autoridade” aquele que praticou ou ordenou o ato, ou, tratando-se de órgão colegiado, o seu representante. Também responde a autoridade que se omitiu ilegalmente, desde que possua competência para suprir a omissão.³⁷ Ao contrário, o mero executor de ordens não pode ser apontado como coator no mandado de segurança, porque não possui competência para decidir sobre o ato. Exemplo: não é autoridade coatora o secretário da escola que não efetua a matrícula de aluno no ensino fundamental, mas o diretor que não a autorizou. Podemos, assim, afirmar que “os atos de autoridade são identificáveis na medida em que trazem em si uma decisão (um ato de vontade) e não mera execução (ato subordinado, automático)”³⁸.

O erro na indicação da autoridade coatora pode gerar a extinção do processo por ilegitimidade de parte. Contudo, a complexidade da estrutura dos órgãos da administração no Brasil e a importância da matéria discutida em mandado de segurança devem ser consideradas pelo julgador, evitando a extinção por razões formais. Por isso, é preferível aplicar as regras da economia processual, determinando o Judiciário que o autor indique corretamente a autoridade coatora.³⁹

2.3.3. Litisconsórcio ativo e passivo

A formação de litisconsórcio está prevista na Lei 12.016. Quando o direito ameaçado ou violado tiver vários titulares, qualquer um pode propor mandado de segurança. A Lei 12.016 prevê a aplicação das regras do Código de Processo Civil sobre litisconsórcio (art. 24) e estabelece como prazo máximo para sua formação o despacho da petição inicial (art. 10, § 2º).

A Lei 12.016 não prevê litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público que deverá sofrer as consequências e a autoridade coatora. Isso é plausível, pois não estamos diante de um processo tradicional em que uma das partes será condenada a certa prestação ou omissão com custo financeiro ou pessoal. No mandado de segurança, só se discutem a ocorrência e o afastamento de um abuso de poder ou de uma ilegalidade praticada pela autoridade coatora, sendo esta a legitimada passiva que deverá afastar o vício.

De acordo com a jurisprudência, quando o *mandamus* puder modificar uma situação de fato, atingindo direito de terceiros, pode haver formação de litisconsórcio necessário, devendo o terceiro ter ciência da ação e direito de se manifestar, sob pena

37. Tavares, 2009c, p. 57.

38. Tavares, 2009c, p. 58.

39. Cf. Rodrigues, 2014, p. 85.

de nulidade do processo.⁴⁰ Cita-se como exemplo mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão judicial em processo penal. A autoridade judicial formaria litisconsórcio necessário com o réu do processo inicial, sendo obrigatória a citação deste último.⁴¹ Esse entendimento não convence. O mandado de segurança procura afastar vícios legais causados pelo Poder estatal, independentemente de interesses subjetivos de terceiros que podem intervir se quiserem, não sendo preciso sua oitiva.⁴²

2.4. Competência

Para determinar a competência, valem as regras gerais conforme o processo tradicional, devendo se estabelecer o ente da Federação a que pertence a autoridade coatora (municipal, estadual, federal). Se a autoridade for federal, a competência para julgar é da Justiça federal (art. 109, VIII, da CF). Se a autoridade for estadual ou municipal, julga a Justiça estadual.

Em seguida, o impetrante deve verificar a sede da autoridade coatora e impetrar o mandado de segurança de acordo com as regras de competência territorial. A Constituição Federal estabelece regras específicas de competência originária para julgamento de mandado de segurança.⁴³

2.5. Objeto

Pode ser questionado por meio do mandado de segurança ato ou omissão de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público que viole de maneira ilegal direito líquido e certo. Há quatro hipóteses de limitação do objeto em relação a:

a) *Ato do Poder Judiciário*⁴⁴: qualquer decisão do Judiciário poderia ser questionada em mandado de segurança, sob a alegação de ferir direito de uma das partes. Se isso ocorresse, surgiriam infinitos processos paralelos, pois a parte inconformada poderia questionar tanto internamente (recurso) como externamente (mandado de segurança). Mesmo a decisão final poderia também ser questionada com mandado de segurança. Para evitar essa patologia processual, a Lei 12.016 estabelece duas regras de origem jurisprudencial. Primeiro, a subsidiariedade do mandado de segurança. O ato judicial que contraria direito líquido e certo só pode ser impugnado com mandado de segurança se não houver recurso com efeito suspensivo (art. 5º, inc. II).⁴⁵ Segundo, a não definitividade da decisão impugnada: não se conhece mandado de segurança contra decisão que transitou em julgado (art. 5º, inc. III).⁴⁶ A prática jurisdicional admite o mandado de

40. Súmula 631 do STF

41. Súmula 701 do STF

42. Cf. Almeida, 2007, p. 458-459; sobre o litisconsórcio em geral, Almeida et al., 2011, p. 99-102.

43. Artigos 102, I, d; 105, I, b; 108, I, c; 109, VIII. Cf. Almeida, 2007, p. 494-503; Vitta, 2010, p. 88-92; Tavares, 2009c, p. 46-48.

44. Tavares, 2009c, p. 155-159; Almeida et al., 2011, p. 138-154.

45. Cf. Súmula 267 do STF Decisivo não é se a legislação permite efeito suspensivo, mas se o juiz a quo excluiu o efeito suspensivo.

46. Súmula 268 do STF; Tavares 2009c, p. 111 com crítica dessa restrição.

segurança contra ato judicial se não houver outra forma de sanar a violação de direito, exigindo que a situação seja excepcional e o equívoco da decisão evidente.⁴⁷

b) *Lei*⁴⁸: a Súmula 266 do STF não admite mandado de segurança contra lei em tese, isto é, questionamento da lei independentemente de sua aplicação. Considera-se que o direito do interessado só pode ser lesado mediante aplicação da lei, cabendo, nesse caso, mandado de segurança contra o ato estatal que a aplica. Dando um exemplo, os direitos patrimoniais do contribuinte não são lesados pela simples edição de uma lei tributária que se considera inconstitucional, mas a partir do momento em que as autoridades fazendárias exigem o pagamento do imposto. A doutrina critica a formulação absoluta da Súmula 266, considerando que, em algumas hipóteses, caberia mandado de segurança contra leis “em tese”.⁴⁹ O STF admite uma exceção sobre propostas de emenda constitucional ou de lei. Considera que os parlamentares possuem o direito líquido e certo à higidez do processo legislativo e conhece mandados de segurança (preventivos) contra propostas que são inconstitucionais. Em caso de deferimento, impede-se a tramitação do projeto legislativo. O STF considera que essa hipótese é excepcional, devendo a ofensa à Constituição ser manifesta e grave⁵⁰, para minimizar sua interferência em assuntos internos de Legislativo, pensando-se também que a lei poderá ser objeto de fiscalização judicial após a sua promulgação. A jurisprudência do Tribunal é oscilante, porém atualmente parece prevalecer a opinião de que o controle preventivo abrange apenas inconstitucionalidades formais.⁵¹ O STF não conhece queixas feitas por quem não é membro do Congresso Nacional e não fiscaliza o cumprimento do regimento interno das Casas Legislativas.⁵² A autocriação processual do STF introduz aqui o controle de constitucionalidade judicial preventivo. Essa opção recebeu críticas do Min. Teori Zavacki, que a apelidou “exótica”.⁵³

c) *Ato administrativo*: quando for possível apresentar recurso administrativo com efeito suspensivo e sem exigência de caução, considera-se desnecessária a intervenção do Judiciário, conforme a regra da subsidiariedade. Mas a Súmula 429 do STF considera sempre possível a interposição de mandado de segurança em caso de omissão administrativa.⁵⁴

d) *Ato de gestão comercial do setor público*: o art. 1º, § 2º, da Lei 12.016 exclui do mandado de segurança atos de gestão comercial de administradores de empresas públicas,

47. STJ, Mandado de segurança 16.180, Rel. Min. Castro Meira, julg. 5-10-2011.

48. Tavares, 2009c, p. 109-154; Almeida et al., 2011, p. 154-155.

49. Tavares, 2009c, p. 132-150.

50. STF, Mandado de Segurança 20.257, Rel. Min. Décio Miranda, julg. 8-10-1980; Medida Cautelar no Mandado de Segurança 23.047, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 11-2-1998; Medida cautelar em Mandado de Segurança 32.033, decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, julg. 24-4-2013.

51. STF, Mandado de segurança 32.033, Rel. Min. Teori Zavacki, julg. 20-6-2013.

52. STF, ADIn 2.038, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 18-8-1999; Mandado de Segurança 24.138, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 28-11-2002; Mandado de Segurança 33.353, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, julg. 10-12-2014.

53. STF, voto do Relator Min. Teori Zavacki, Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31.816, julg. 27-2-2013.

54. Cf. Rodrigues, 2014, p. 90-91.

de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público. A justificativa é que tais atos comerciais são passíveis de questionamento no âmbito de processos comuns.

2.6. Parâmetro

O julgador verifica se o ato questionado feriu direito líquido e certo. A doutrina considera que um direito é líquido e certo quando sua existência e seu conteúdo podem ser demonstrados clara e imediatamente. Se houver dúvidas que só podem ser resolvidas mediante processo probatório ou se o direito ainda não estiver plenamente configurado, pois depende de futuros acontecimentos, não prospera o mandado de segurança.

Há uma exceção: se o impetrante não puder comprovar a existência de seu direito, mas as provas se encontrarem no poder do impetrado e esse se recusar a apresentá-las, o juiz deve ordenar a exibição dos documentos, para possibilitar a demonstração dos fatos alegados (art. 6, § 1º, da Lei 12.016).

O direito líquido e certo pode estar garantido mediante norma constitucional ou infraconstitucional. Via de regra, o impetrante alegará violação de um direito fundamental. Mas o caráter abstrato de muitos direitos fundamentais indica que a existência de norma infraconstitucional que concretize os direitos fundamentais aumenta as chances de deferimento do mandado de segurança. Exemplo: a pessoa que pertence a uma minoria racial pode alegar discriminação e violação do direito à igualdade em um concurso. Se, além dessa afirmação genérica, puder comprovar que no concurso foi violada uma norma legal sobre cotas raciais, suas chances de êxito serão maiores.

O impetrante deve comprovar tanto a existência de norma que garante direito líquido e certo como a possibilidade de exercê-lo no momento da impetração. Imaginemos uma lei dando direito a aposentadoria após 30 anos de serviço. O trabalhador a quem foi negada a aposentadoria deve não só invocar essa norma, mas também comprovar que efetivamente trabalhou por 30 anos e preenche os demais requisitos. Por isso a doutrina afirma: “são os fatos e o caso concreto que devem ser apresentados de maneira líquida e certa, por parte do impetrante”⁵⁵.

Por fim, não se conhece mandado de segurança se o direito violado for amparado por *habeas corpus* e *habeas data* (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal). Essa regra indica o caráter *subsidiário* do mandado de segurança em relação a outros remédios constitucionais.

2.7. Procedimento

2.7.1. Petição inicial⁵⁶

A petição inicial deve satisfazer os requisitos do art. 6º da Lei 12.016, demonstrando plenamente o direito líquido e certo. Os documentos que comprovam sua existência e seu conteúdo precisam ser protocolados juntamente com a petição inicial. Como observamos, se a autoridade estatal negar-se a reproduzir documentos necessários para a instrução da inicial, o julgador deve determinar sua exibição.

55. Tavares, 2009c, p. 31.

56. Almeida et al., 2011, p. 168-183.

Na petição inicial é necessário, ainda, estarem identificadas:

a) a autoridade coatora;

b) a pessoa jurídica à qual pertence ou está vinculada a autoridade coatora.

A petição inicial admite o uso de fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada (art. 4º, *caput*, da Lei 12.016), devendo o original ser apresentado nos cinco dias seguintes à impetração eletrônica.

2.7.2. Prazo

Há prazo de 120 dias para interpor mandado de segurança. Após esse prazo, o impetrante conserva seu direito substancial, mas perde o direito de acionar o Poder Público mediante mandado de segurança (prazo decadencial).

A contagem se inicia do dia da ciência do ato impugnado, que pode se dar pela publicação em *Diário Oficial* ou pela ciência direta da parte. O prazo não se interrompe ou se suspende nem mesmo com pedido de reconsideração na via administrativa.⁵⁷ Mas, como dissemos, a existência de recurso judicial ou administrativo com efeito suspensivo impede o mandado de segurança, valendo o prazo de 120 dias somente para decisões contra as quais não cabe tal recurso. Nos atos de trato sucessivo, como o pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo se renova a cada novo ato.

O prazo não se aplica ao mandado de segurança preventivo, já que nesse caso não existe ato. O *writ* pode ser apresentado enquanto a ameaça perdurar, por exemplo, antes do lançamento de crédito tributário na dívida ativa.⁵⁸

2.7.3. Medidas liminares⁵⁹

A Lei 12.016 prevê no art. 7º, III, que se suspende o ato que deu motivo ao pedido se houver fundamento relevante para tanto e também risco de dano irreparável ou de difícil reparação, tornando ineficaz o deferimento do mandado de segurança na decisão final. Imaginemos a impugnação de ato administrativo que determina a demolição de um prédio considerado irregular. O deferimento do mandado de segurança após a demolição ficaria sem efeito, só podendo os interessados receber indenização depois de novo e longo processo. Em tais casos é indicada a suspensão liminar do ato.

A mesma lei prevê a possibilidade de exigir caução do impetrante. Essa previsão legal confirmou uma prática dos tribunais que exigiam a garantia para concessão de liminar com a finalidade de não causar danos ao Poder Público, tendo surgido controvérsias e ocorrido declaração de inconstitucionalidade de medida provisória de 1997 que impunha a caução em certas hipóteses.⁶⁰ A exigência legal de caução foi impugnada mediante ADIn.⁶¹ Há três argumentos no sentido da inconstitucionalidade⁶²:

57. Súmula 430 do STF.

58. Almeida, 2007, p. 490.

59. Almeida et al., 2011, p. 221-260.

60. Almeida et al., 2011, p. 243-245.

61. STF, ADIn 4.296 apresentada pelo Conselho Federal da OAB, pendente de julgamento.

62. Tavares, 2009c, p. 88; Almeida et al., 2011, p. 245-248.

a) falta previsão constitucional para a limitação do direito do impetrante de ver sua pretensão satisfeita sem contrapartida onerosa;

b) se o juiz considera plausível a existência de direito líquido e certo e por isso defere a liminar, não se justifica a caução;

c) as pessoas em desvantagem econômica ficariam impedidas de conseguir satisfação de seu pedido.

De todas as formas, quando a caução for exigida, o magistrado deve fixá-la com base na proporcionalidade, levando em consideração as condições do impetrante e evitando que o alto valor inviabilize a utilização da liminar.

Por fim, a concessão de liminar apresenta restrição legal quando a suspensão do ato possa afetar as finanças públicas, como no caso de compensação de créditos tributários, de reclassificação de servidores públicos ou de concessão de aumento aos salários dos servidores (art. 7º, § 2º, da Lei 12.016).

2.7.4. Trâmite

A tramitação do mandado de segurança é simples e célere, pois não admite diligências probatórias nem ampla discussão de alegações dos interessados. Ao despachar a petição inicial, o juiz determina que se notifique a autoridade coatora para prestar informações sobre as alegações da petição inicial. O órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada recebe ciência da ação para eventual manifestação.⁶³

O Ministério Público opina sobre a demanda no prazo de dez dias. Após, os autos voltam conclusos ao juiz. A decisão deve ser necessariamente proferida em 30 dias.

Concedido o mandado, o juiz transmitirá, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada para que cumpram o determinado.

2.8. Sentença e efeitos

A decisão de deferimento pode atender tanto a pedido preventivo, com a finalidade de impedir que a ilegalidade ou o abuso de poder sejam praticados, como repressivo, para desconstituir ou anular o ato ilegal ou praticado com abuso de poder. Em ambos os casos, a ilegalidade ou o abuso de poder se corrige por meio de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

Poderá a decisão ainda determinar ressarcimento do impetrante pelo Poder Público com a condenação de pagamento de indenização pelos danos sofridos, como ocorre em casos de retenção indevida de valores. Não cabe condenação em honorários de advogado, conforme o art. 25 da Lei 12.016.

A autoridade coatora é obrigada a cumprir o mandado, sob pena de cometer o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal. Há também possibilidade da pena de prisão como forma de coação para dar efetividade à decisão. Essa possibilidade decorre da mencionada natureza mandamental preponderante no mandado de segurança.

63. Art. 7º da Lei 12.016.

Após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente o writ por falta de provas, o interessado pode interpor novo mandado de segurança, se ainda houver prazo, ou pleitear o direito pretendido por intermédio de outro procedimento judicial.

2.9. Recursos⁶⁴

A Lei 12.016 admite os seguintes recursos: agravo, suspensão de liminar, apelação e recurso de ofício, recurso especial e extraordinário. A mesma lei veda os embargos infringentes na apelação. Outros recursos, previstos em leis processuais e compatíveis com o procedimento do mandado de segurança, podem, também, ser impetrados.

– *Agravo contra decisão do juiz de primeiro grau que concede liminar*: a Lei 12.016 prevê o recurso de agravo para reforma da liminar (art. 7º, § 1º). O dispositivo objetiva proteger a pessoa jurídica de direito público para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O agravo pode suspender a execução da liminar, devendo ser interposto no prazo de dez dias. Se o agravo for indeferido, cabe pedido de suspensão (art. 15, § 2º). Essas previsões impedem a célere tramitação do processo e indicam a preocupação do legislador em evitar a vigência de medidas liminares que contrariam decisões do Poder Público.

– *Suspensão da liminar ou da decisão final*: o objetivo é suspender a decisão de deferimento no prazo de 48 horas após a notificação. Havendo risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o Presidente do Tribunal competente pode ordenar a suspensão com decisão fundamentada, mesmo mediante liminar (art. 15, *caput* e § 4º da Lei 12.016). Contra a suspensão cabe agravo no prazo de cinco dias (art. 15, *caput*). A suspensão da liminar vale até o final do processo, visando impedir contínuos pedidos que tumultuam o processo.⁶⁵ Liminares concedidas em processos com objeto idêntico podem ser suspensas em uma única decisão com efeitos *erga omnes*. O Presidente do Tribunal pode estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15, § 5º). É um caso raro de atribuição de efeitos gerais a uma decisão que só deveria gerar efeitos *inter partes*. Aqui encontramos também a preocupação de preservar decisões do Poder Público. Busca-se inclusive facilitar a defesa da autoridade que não precisa apresentar inúmeras petições em relação a questão decidida e impedir que decisões contraditórias encorajem a apresentação de novos recursos e prejudiquem a credibilidade do Judiciário. Por outro lado, tais previsões limitam a autonomia decisória dos magistrados, massificando a prestação jurisdicional.

– *Apelação e recurso de ofício*: além da apelação por iniciativa das partes, a sentença está sempre sujeita ao duplo grau de jurisdição quando a segurança é concedida. Esse recurso de ofício é mais um instituto que objetiva resguardar decisões do Poder Público.

– *Recurso Especial e Extraordinário*: são cabíveis conforme os arts. 102, III e 105, III, da CF, desde que preenchidos os respectivos requisitos.⁶⁶

64. Almeida et al., 2011, p. 347-391.

65. Súmula 626 do STF.

66. Tavares, 2009c, p. 108.

2.10. Peculiaridades do mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança que trata de interesse coletivo apresenta diferenças sobre o objeto, os legitimados, a litispendência e a extensão da coisa julgada em relação ao mandado de segurança individual, mas no geral se submete ao mesmo procedimento.

2.10.1. Objeto

O mandado de segurança coletivo não tutela direitos difusos, pois seus titulares são indetermináveis, ligados por circunstâncias fáticas, sem vínculo jurídico preciso e com claro conteúdo do direito. Nos casos de direitos difusos é impossível comprovar a existência de direito líquido e certo.⁶⁷ Há dois tipos de direitos coletivos protegidos pelo mandado de segurança coletivo.

Direito coletivo transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica (art. 21, I, da Lei 12.016). O direito indivisível pertence ao grupo, e não a cada um de seus membros. Exemplo: uma associação profissional representa servidores de certa categoria, havendo entre eles uma relação contratual que os vincula (associação), assim como uma relação contratual com o Poder Público. A associação pode pleitear a instalação de certos dispositivos de segurança no ambiente do trabalho que beneficiam todos os funcionários ao mesmo tempo (e não cada um em particular, como seria o caso de um aumento salarial).

Direito individual homogêneo, que tem origem comum em uma atividade ou situação específica dos associados. A diferença dos direitos difusos e dos transindividuais, os direitos individuais homogêneos são plenamente divisíveis, e cada um dos titulares é determinável. Para que esse tipo de direito possa ser protegido por mandado de segurança coletivo, deve haver associação prévia dos interessados (art. 21, II, da Lei 12.016).

2.10.2. Legitimados

Segundo o art. 21 da Lei 12.016, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) Partido político com representação no Congresso Nacional: o mandado de segurança coletivo deve tutelar direitos de seus integrantes ou relacionados à finalidade partidária. Essa limitação foi criticada, sustentando-se que, em razão do caráter nacional e da missão abrangente, os partidos políticos deveriam ter legitimidade universal, defendendo qualquer interesse social.⁶⁸ Como dissemos (Cap. XIX, 2.3.1, d), essa compreensão ampla objetiviza indevidamente um processo subjetivo.

b) Organização sindical, entidade de classe ou associação, legalmente constituída, atuando em prol de seus associados: os interesses defendidos devem ser pertinentes às suas finalidades, conforme previsão estatutária. Para ingressar com mandado de segurança, as associações têm de ser legalmente constituídas há, pelo menos, 12 meses.

67. Parte da doutrina considera possível o mandado de segurança nesse caso, alegando aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Vitta, 2010, p. 172-173.

68. Tavares, 2009c, p. 172; STF, Medida Cautelar no Mandado de Segurança 30.070, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 18-3-2016.

Essa exigência foi estabelecida pelo STF, já que as associações não apresentam a mesma estabilidade de um sindicato, sendo, posteriormente, prevista no art. 21 da Lei.⁶⁹

2.10.3. Litispendência

A litispendência é pressuposto processual negativo. Ocorre quando duas ações em curso coincidem nos seus três elementos identificadores: partes, causa de pedir e pedido. Nesse caso, um dos processos será extinto sem resolução do mérito.

Pergunta-se: ocorre litispendência quando o titular de um direito impetra mandado de segurança individual e uma entidade propõe *writ* coletivo objetivando tutelar o mesmo direito?

Em primeiro lugar, só pode haver litispendência entre ações individual e coletiva quando a coletiva se refere a interesses individuais homogêneos, caso no qual o pedido de ambas será o mesmo (reparação de danos de determinados titulares ou obrigação de fazer/não fazer em relação a eles).⁷⁰ Nos direitos transindividuais, o pedido não é o mesmo, podendo as duas ações serem julgadas em paralelo.

Em segundo lugar, a Lei 12.016 permite que o litigante individual decida se deseja continuar com sua demanda ou prefere desistir em prol da ação coletiva. Quem continuar com a ação individual não pode se beneficiar de eventual resultado favorável da coletiva. A opção deve ser feita em 30 dias, a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 22, § 1º, da Lei 12.016). Se não houver desistência nesse prazo, o litigante individual só pode se beneficiar de sua ação individual.

2.10.4. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo

A coisa julgada material indica o caráter imutável e indiscutível dos efeitos da decisão final que analisa o mérito, não podendo ser discutida a matéria em outro processo. Sabemos que o mandado de segurança coletivo é ajuizado com base na substituição processual por um legitimado (associação, sindicato, partido político) que defende interesses alheios. Pergunta-se se para determinar a extensão da coisa julgada se aplicam as regras gerais das ações coletivas⁷¹ ou normas específicas do mandado de segurança, dado o caráter objetivo do pedido e a delimitação “líquida e certa” do direito e dos interessados.

A maioria dos doutrinadores considera aplicáveis as regras gerais do processo coletivo.⁷² Em nossa opinião, só se aplica a regra precisa do art. 22 da Lei 12.016: “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. A sentença não atinge apenas as partes do processo (a pessoa jurídica que impetrou o *writ* e a autoridade coatora) mas também os que não participaram diretamente da relação processual, desde que sejam representados pela impetrante. Temos aqui a extensão da coisa julgada, denominada *ultra partes* (além das partes).

69. Tavares, 2009c, p. 175.

70. Ragazzi, Honesko e Lunardi, 2009, p. 706.

71. Ragazzi, Honesko e Lunardi, 2009, p. 706-715.

72. Almeida, 2007, p. 606-608; Almeida et al., 2011, p. 451-468; Vitta, 2010, p. 172-173. Mais cauteloso Meirelles, 2003, p. 109-110.

A mesma norma mostra que a decisão no mandado de segurança *não atinge terceiros* que tenham o mesmo direito. Eles não serão beneficiados nem prejudicados pela decisão. Podem ingressar com ações pessoais, já que não fazem parte daquela relação jurídica por não serem representados pelo legitimado ativo do processo.

Pergunta-se se o indeferimento do mandado de segurança coletivo foi por falta de provas ou porque o juiz considerou inexistente o direito da coisa julgada em relação a cada um dos representados. Devemos diferenciar três hipóteses.

Primeiro, se a pessoa representada pela entidade ingressar em paralelo com mandado de segurança individual e não desistir dele no prazo legal, o resultado do mandado de segurança coletivo não pode beneficiá-la (art. 22, § 1º, da Lei 12.016). A maior razão, o resultado da decisão coletiva não pode prejudicá-lo. Assim, a coisa julgada da ação coletiva não vincula o particular que ingressou com seu pedido.

Temos uma segunda hipótese se o interessado não ingressar com mandado de segurança no prazo de 120 dias. Nesse caso, o seu direito processual decai, valendo necessariamente para ele a decisão do mandado de segurança coletivo, tanto quando defere o pedido como quando o indefere. Nesse caso, a improcedência por falta de provas não faz coisa julgada material em relação aos associados que poderão propor suas ações individualmente, respeitados os prazos legais.

Na terceira hipótese, o titular ingressa com mandado de segurança individual após o trânsito em julgado de mandado de segurança coletivo que indefere o pedido sem a ocorrência de coisa julgada material. Entendemos que não há vinculação pela coisa julgada, mediante aplicação analógica do art. 22, § 1º, da Lei 12.016 sobre a litispendência que permite a paralelidade das ações.

Se o juiz julgar improcedente a ação coletiva por falta de provas em qualquer caso, não se forma coisa julgada material. A entidade e os titulares do direito podem interpor novo mandado de segurança, se ainda houver prazo, ou pleitear o direito pretendido por intermédio de outro procedimento judicial compatível com a pretensão.

2.11. Leituras de aprofundamento

Almeida, 2007, p. 419-584; Almeida et al., 2011; Bueno, 2006 e 2010; Meirelles, 2003, p. 21-118; Remédio, 2009; Rodrigues, 2014, p. 73-108; Tavares, 2009c; Vitta, 2010; Zaneti Jr., 2009.

3. Mandado de injunção

3.1. Normas vigentes

Constituição Federal

"Art. 5º, LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Lei 13.300 de 2016

Art. 1º Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Art. 4º A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

§ 1º Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.

§ 2º Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.

§ 3º Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

Art. 5º Recebida a petição inicial, será ordenada:

I – a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;

II – a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

Art. 6º A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.

Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do *caput* quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Art. 10. Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.

Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.

Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

Art. 14. Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046.

3.2. *Objetivos e características*

Quando a Constituição estabelece deveres de legislar, os legisladores deixam de ser titulares de uma competência amplamente discricionária e tornam-se agentes de execução dos imperativos constitucionais. Essa mudança no papel do legislador cria uma dificuldade para o constituinte e para a teoria constitucional.⁷³ Quais são os meios que permitem *sancionar* eventuais omissões legislativas e, principalmente, *suprir* a omissão? Não há soluções simples e radicais. A tentativa de substituir o legislador por outra autoridade, encarregando, por exemplo, o juiz ou um grupo de representantes da sociedade civil com o dever de legislar após certo tempo de inescusável mora legislativa, mina o sistema de separação de poderes e cria leis de questionável qualidade e conveniência, pois faltará legitimidade política e preparo técnico.

Na busca de equilíbrio entre a efetivação dos comandos constitucionais e os riscos de crise institucional, o constituinte brasileiro introduziu um instrumento processual original, o mandado de injunção. Após longo silêncio normativo, a Lei 13.300 de 2016 concretizou o writ, codificando a jurisprudência autocriativa do STF e introduzindo algumas novidades.

73. Análises em Rothenburg, 2005.

3.3. *Legitimação*

É legitimado ativo a pessoa física ou jurídica que se encontra na impossibilidade de exercer seus direitos pela ausência de norma regulamentar indispensável para tal exercício. Para tutelar direitos coletivos, cabe mandado de injunção coletivo que pode ser impetrado pelo Ministério Público, por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação, assim como pela Defensoria Pública (art. 12 da Lei 13.300), desde que seja comprovada a pertinência de atuação da entidade no caso concreto.

Segundo a Lei 13.300 o mandado de injunção é impetrado contra “o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora” (art. 3).

3.4. *Competência*

Conforme a Constituição Federal, a competência para julgar mandado de injunção é do STF (art. 102, I, *q*) e do STJ (art. 105, I, *h*) quando o impetrado for autoridade federal. Há competência de órgãos da Justiça Federal, Militar, Eleitoral e do Trabalho, conforme as respectivas legislações em casos não cobertos pela competência do STF e do STJ (art. 105, I, *h*). Na órbita estadual, a competência é definida na respectiva Constituição, sendo, em geral, atribuída ao Tribunal de Justiça para atos de autoridades estaduais (exemplo: art. 83, XI, *c*, da Constituição de Santa Catarina de 1989).

3.5. *Objeto*

Para a concessão de mandado de injunção, o julgador verifica a ocorrência de *quatro* pressupostos. Primeiro, inviabilidade do exercício dos direitos fundamentais do interessado. A Constituição utiliza terminologia curiosa, mencionando a impossibilidade de “exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Sabemos que, no Estado constitucional, inexistem prerrogativas e o exercício de direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania nada mais é do que o exercício de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição aos que possuem a nacionalidade brasileira. Igualmente problemática é a bipartição entre direitos e liberdades constitucionais, pois as liberdades são também direitos constitucionais. Isso indica que a primeira condição do mandado de injunção é a impossibilidade de exercer um direito fundamental garantido pela Constituição.

Segundo, ausência de norma infraconstitucional que regulamente esse direito fundamental de maneira que possibilite seu exercício.

Terceiro, o dever de legislar estabelecido na Constituição. A simples omissão legislativa que impossibilita que o titular de um direito o exerça não é vedada. Imaginemos os pais que desejam que o filho estude em uma escola pública perto da residência, constatando que só é possível a matrícula em escola distante alguns quilômetros. Ora, a Constituição nesse exemplo prevê o direito à educação, mas não a obrigação de criar lei para construção de escolas próximas da residência dos alunos. A insatisfação dos pais nesse caso não significa que há omissão inconstitucional, o que ocorreria se não houvesse vaga em escola pública, violando o dever de acesso universal e gratuito ao ensino fundamental (art. 208, I, da CF).

Quarto, relação de causalidade entre omissão inconstitucional e impossibilidade de exercer o direito. Há casos nos quais a impossibilidade de exercício do direito deve-se a outras razões, por exemplo, a decisão ilegal da Administração Pública ou à perda de prazo pelo interessado. Em tais situações, não cabe mandado de injunção, pois o problema não decorre da falta de regulamentação.

Em alguns casos falta norma legal, mas o direito fundamental pode ser exercido com aplicação direta de dispositivos constitucionais. Se não houver, por exemplo, lei que regulamenta o direito de reunião, isso não inviabiliza o direito, podendo o interessado se reunir com outros em lugares públicos. O maior problema de efetivação dos direitos fundamentais está nos *direitos sociais*, que quase sempre necessitam de legislação específica para sua implementação.

3.6. Parâmetro

Há dois parâmetros constitucionais para o julgamento do mérito de um mandado de injunção. Primeiro, a existência de direito fundamental do interessado, cujo exercício está inviabilizado. Segundo, o dever constitucionalmente estabelecido de legislação sobre esse direito fundamental. Confirmando a existência do direito e o descumprimento do dever de legislar a seu respeito, o mandado de injunção deve ser deferido.

3.7. Procedimento

A Lei 13.300 preencheu uma lacuna processual de quase três décadas, consolidando a jurisprudência autocriativa do STF. Após recebimento da petição inicial, o relator pode indeferir pedidos incabíveis ou manifestadamente improcedentes, cabendo agravo para o colegiado (art. 6º da Lei 13.300). Se isso não ocorrer, é notificado o impetrado, que tem de prestar informações no prazo de dez dias (art. 5º da Lei 13.300). A seguir é ouvido o Ministério Público, que precisa se manifestar no prazo de dez dias. Após conclusão do processo, o Relator deverá apresentá-lo para decisão.

3.8. Sentença e efeitos

Por duas décadas, o mandado de injunção foi considerado ação sem utilidade prática em razão da insignificância de seus efeitos: as decisões limitavam-se a declarar a omissão legislativa sem providências concretas. Assim, o instrumento não permitia ao impetrante o exercício do direito pretendido. Em razão disso, até 2007 eram protocolados no STF em torno de 50 mandados de injunção por ano. A seguir, a jurisprudência do STF sofreu mudança radical, suprimindo omissões legislativas ao indicar norma que aplica analogicamente e possibilita o exercício do direito. A partir de então, aumentou sensivelmente o número de mandados de injunção. Entre 2009 e 2016 foram protocolados aproximadamente 6.400 *writs* (média de 800 por ano!).⁷⁴

Diante da falta de previsão normativa sobre os efeitos da decisão que defere mandado de injunção, a doutrina e a jurisprudência elaboraram várias hipóteses.⁷⁵ Foi

74. www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse.

75. Rothenburg, 2005; Mazzei, 2009, p. 223-235. STF, Mandado de Injunção 107, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 22-11-1990; Mandado de Injunção 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 20-3-1991;

emblemático o caso da greve de funcionários públicos em que o STF aplicou analogicamente a legislação sobre a greve no setor privado (Lei 7.783, de 1989) e estabeleceu limitações que considerou indicadas, afirmando: “O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico”⁷⁶.

O art. 8º da Lei 13.300 prevê que o juiz pode:

- a) fixar prazo para que o legislador supra a omissão;
- b) estabelecer ele mesmo as condições para exercício do direito fundamental;
- c) estabelecer condições para que o titular promova nova ação para o exercício do direito se o legislador não respeitar o prazo estipulado.

Apesar de a lei não ser clara nesse ponto, devemos entender que o juiz só pode suprir a lacuna após o decurso do prazo estabelecido para o legislador. Oferece argumento para tanto o § único do art. 8º, que dispensa a fixação de prazo se o legislador deixou de editar a norma na ocasião de mandado de injunção anterior.

A decisão no mandado de injunção individual vincula as partes do processo e esgota seus efeitos quando for elaborada a norma faltante (art. 9º da Lei 13.300). Mas pode também ter eficácia *erga omnes* caso o Tribunal entender que isso é necessário para o exercício do direito fundamental (art. 9º, § 1º, da mesma Lei). Exemplo: o direito de greve que seria sem utilidade caso o Tribunal permitisse que apenas o autor da ação o exercesse.

O mandado de injunção coletivo desenvolve efeitos para o grupo de pessoas representadas, salvo se a natureza do direito impuser a ampliação dos efeitos (arts. 12 e 13 da Lei 13.300). Aqui é possível utilizar por analogia os conceitos e as regras do processo coletivo.

Dessa forma, o mandado de injunção pode ter impacto social considerável, mas não deixa de ter natureza *transitória* (a norma superveniente faz cessar os efeitos da decisão) e *subjetiva*⁷⁷ (efeitos, via de regra, *intra partes*). A utilização do processo coletivo nos casos de mandado de injunção nos faz pensar no possível esvaziamento da ADO, considerada a ampla legitimidade e os drásticos efeitos do mandado de injunção em contraposição à ADI por omissão, é um exemplo disso.

Encontramos aqui mais uma comprovação das dificuldades que gera a combinação do controle de constitucionalidade abstrato e concreto que ocorre sem sistematização ou planejamento. As respostas legislativas e judiciais dadas a problemas pontuais geram conflitos e contradições, favorecendo um ativismo judicial autorizado pelo próprio Legislativo.

Mandado de Injunção 562, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 20-2-2003; Mandado de Injunção 878, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 4-6-2009; Mandado de Injunção 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 30-8-2007; Mandado de Injunção 795, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 15-4-2009.

76. STF, Mandado de Injunção, 712, Rel. Min. Eros Grau, julg. 25-10-2007. Iguais soluções foram dadas nos Mandados de Injunção 670 e 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 25-10-2007. Nesses acórdãos, a minoria rejeita os efeitos gerais da decisão.

77. Vale, 2013, p. 223.

3.9. Recursos

A Constituição Federal prevê recurso ordinário para o STF se o mandado de injunção for julgado por Tribunal Superior (art. 102, II, a) e recurso extraordinário contra decisões de última instância (art. 102, II). Além disso, a Lei 13.300 estabelece a possibilidade de revisão da decisão a pedido de qualquer interessado se houver “relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito” (art. 10 da Lei 13.300).

3.10. Leituras de aprofundamento

Mazzei, 2009; Meirelles, 2003, p. 249-263; Mendes et al., 2008, p. 1.207-1.223; Oliveira, 2004; Piovesan, 2003; Quaresma, 1995; Quintas, 2016; Ramos, 2011, p. 275-284; Rothenburg, 2005 e 2010a; Sarlet et al., 2012, p. 1059-1095; Sidou, 2002; Tavares, 2009, p. 972-982.

4. Habeas data

4.1. Normas vigentes

Constituição Federal

“Art. 5º, LXXII. Conceder-se-á ‘habeas-data’: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

Lei 9.507 de 1997

“Art. 1º, parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.”

Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

[...] III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Art. 9º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias.

Art. 12. Findo o prazo a que se refere o art. 9º, e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em cinco dias.

Art. 13. Na decisão, se julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator:

I – apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou

II – apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante.

Art. 14. A decisão será comunicada ao coator, por correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante.

Parágrafo único. Os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica deverão ser apresentados à agência expedidora, com a firma do juiz devidamente reconhecida.

Art. 15. Da sentença que conceder ou negar o *habeas data* cabe apelação.

Parágrafo único. Quando a sentença conceder o *habeas data*, o recurso terá efeito meramente devolutivo.

Art. 19. Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

Parágrafo único. O prazo para a conclusão não poderá exceder de vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete:

I – originariamente:

a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;

c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado;

f) a juiz estadual, nos demais casos;

II – em grau de recurso:

a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores;

b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais;

c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal;

d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal;

III – mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição.

Art. 21. São gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificção, bem como a ação de *habeas data*.

4.2. *Objetivos e características*

Enquanto o *habeas corpus* é um recurso secular, o *habeas data* foi introduzido recentemente para atender a duas necessidades. Primeiro, para promover a transparência das informações armazenadas por órgãos públicos. Essa foi uma reivindicação política na Constituinte em razão das práticas de controle e perseguição de adversários políticos no período da ditadura. Segundo, para enfrentar as fortes ameaças à privacidade e intimidade causadas pela informática. O uso de computadores permite que um grande número de pessoas tenha acesso rápido e fácil às mais variadas informações sobre os demais e que as informações armazenadas em diferentes arquivos e bancos de dados sejam combinadas, gerando radiografias das pessoas.

Apesar da crescente necessidade de se proteger dessas tecnologias ameaçadoras, o *habeas data* desempenhou um papel marginal no direito brasileiro, devido ao seu alcance limitado, conforme veremos em seguida.

4.3. Legitimação

Pode impetrar *habeas data* qualquer interessado, tanto pessoa física como jurídica. O impetrante deve comprovar o caráter pessoal de seu interesse, não se admitindo que terceiros promovam a tutela da privacidade alheia.⁷⁸

São legitimados passivos as autoridades públicas e os particulares que administram os arquivos e bancos de dados questionados. A Constituição e a lei do *habeas data* indicam duas categorias de arquivos e bancos de dados que são passíveis de questionamento. Primeiro, os administrados por entidades governamentais, independentemente de seu caráter público ou reservado. Segundo, aqueles que possuem caráter público, sendo acessíveis a consulta por qualquer interessado, mediante pagamento ou não. Isso exclui notadamente o acesso a bancos de dados de empresas.

4.4. Competência

A Constituição Federal estabelece regras de competência. Critério fundamental é a pertença da autoridade coatora. Exemplos: *habeas data* contra o Presidente da República é julgado pelo STF (art. 102, I, d); enquanto *habeas data* contra Ministros de Estado, pelo STJ (art. 105, I, b). As determinações de competência, esparsas na Constituição, encontram-se sistematizadas no art. 20 da Lei 9.507.

4.5. Objeto

A Constituição prevê duas hipóteses de tutela da privacidade mediante *habeas data*. Primeiro, o acesso a dados pessoais que se encontram em poder de entidades governamentais ou de caráter público. Segundo, a retificação desses dados. O art. 7º, III, da Lei 9.507 acrescenta uma terceira hipótese: a anotação de informações sobre um dado armazenado que não é inverídico, mas se encontra em situação de pendência e necessita de esclarecimento. Exemplo: à informação de que o interessado foi demitido por justa causa pode caber o esclarecimento de que a demissão está sendo questionada judicialmente.

É condição de admissibilidade do *habeas data* o esgotamento das vias administrativas, devendo o interessado provar a tentativa infrutífera de obter informações ou realizar modificações junto à autoridade que armazena os dados (art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.507).

A determinação do objeto do *habeas data* explica a irrelevância prática do *writ*.⁷⁹ O remédio não permite que o interessado controle o fluxo e o destino dos dados (comunicação de uma autoridade para outra) nem impede combinações de dados contidos em vários arquivos. Sem essa possibilidade não há efetiva proteção do direito à autodeterminação informativa, conforme o termo utilizado na Alemanha (*informationelle Selbstbestimmung*).⁸⁰

Dada essa limitação, são poucas as pessoas dispostas a litigar com o Poder Público só para receber informações e corrigir dados pessoais. Exemplo: dificilmente litigaremos

78. Agravo regimental no Habeas Data 87, Rel. Min. Carmem Lucia, julg. 25-11-2009.

79. Pesquisa do andamento processual no site www.stf.jus.br indicou a impetração de 103 *habeas data* junto ao STF entre 1988 e 2016 (média de três por ano).

80. Albers, 2005.

para saber se o banco armazena informações sobre a utilização de nosso cartão de crédito. Seria muito relevante saber *como* o banco utiliza esses dados, em particular, se os comunica a órgãos públicos ou a empresas.

Além disso, o *habeas data* não permite que seja demandada indenização em caso de manuseio indevido de dados, sendo preferível para o interessado ingressar com outra ação e pedindo, incidentalmente, acesso a dados pessoais.

4.6. Parâmetro

O *habeas data* tutela os direitos de personalidade do indivíduo, especificamente a privacidade, a intimidade e, no caso de armazenamento de informação equivocada ou duvidosa, a honra. Foi afirmado que o *habeas data* tutela também o direito à informação.⁸¹ Contudo isso não convence. Quem impetra *habeas data* conhece as informações que dizem respeito a ele. Só deseja saber se tais informações foram armazenadas de maneira ilegal ou estão erradas. Por isso, não quer ser informado, mas tão somente proteger seus direitos de personalidade.

4.7. Procedimento

Os trâmites processuais estão delineados na Lei 9.507. Indicamos aqui cinco elementos básicos:

- Dever de celeridade processual e prioridade do *writ*.
- Impossibilidade de conceder liminar, pois isso não está previsto na Lei 9.507. A doutrina sugere a aplicação analógica da legislação sobre o mandado de segurança ou da norma do Código de Processo Civil acerca do poder de cautela.⁸² Isso não convence. Vigorando lei específica do *habeas data*, não podemos invocar outras normas para autorizar aquilo que o legislador quis excluir.
- Caráter sumário da fase probatória, devendo o impetrante apresentar prova pré-constituída de cunho documental.
- Gratuidade da ação.
- Fortes semelhanças com o procedimento do mandado de segurança.

4.8. Sentença e efeitos

A decisão que julga procedente o *habeas data* determina as modalidades de satisfação do pedido. A autoridade coatora deve oferecer ao interessado as informações solicitadas em dia e horário estipulados na própria decisão ou apresentar em juízo comprovação das modificações determinadas (art. 13 da Lei 9.507). Após o trânsito em julgado de sentença que denega *habeas data*, só cabe impetração de novo *writ* se a decisão não tiver apreciado o mérito (art. 18 da Lei 9.507).

No *habeas data* a carga de eficácia preponderante é a *executiva lato sensu*, uma vez que o pedido é para correção ou fornecimento de um dado, logo uma obrigação de fazer.

81. Bueno, 2009, p. 89.

82. Bueno, 2009, p. 92-96.

Essa carga de eficácia é vantajosa para o interessado, pois possibilita a condenação ao pagamento de multa diária pelo descumprimento, multa essa que pode ser fixada de ofício pelo juiz conforme o art. 536, § 1º, do Código de Processo Civil.

4.9. Recursos

A Lei 9.507 prevê a possibilidade de apelação contra a decisão em sede de *habeas data*. Esse recurso não tem, via de regra, efeito suspensivo (arts. 15-16). Conforme previsão constitucional geral, cabem também os recursos especial e extraordinário, desde que preenchidos os requisitos para apresentação de cada um.

4.10. Leituras de aprofundamento

Albers, 2005; Almeida, 2007, p. 621-672; Alvim, 2001; Bueno, 2009; Matta, 2005; Meirelles, 2003, p. 267-293; Moreira et al. (Org.), 2015; Sidou, 2002; Tavares, 2009, p. 983-992; Wambier, 1998.

5. Ação popular

5.1. Normas vigentes

Constituição Federal

“Art. 5º, LXXIII. Qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Lei 4.717 de 1965

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos.

§ 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

§ 4º Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Art. 3º Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I – A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

II – A operação bancária ou de crédito real, quando:

- a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;
- b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação.

III – A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

- a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;
- b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;
- c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

IV – As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjuicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos.

V – A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando:

- a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais;
- b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;
- c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.

VI – A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:

- a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;
- b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.

VII – A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

VIII – O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:

- a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais:

b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação.

IX – A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie.

Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

§ 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios aos atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como aos atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

§ 3º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º No caso de que trata o inciso II, item 'b', do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da Ação popular.

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

I – Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

b) a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 1º, § 6º), bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, fixando prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento.

§ 1º O representante do Ministério Público providenciará para que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz.

§ 2º Se os documentos e informações não puderem ser oferecidos nos prazos assinalados, o juiz poderá autorizar prorrogação dos mesmos, por prazo razoável.

II – Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 (trinta) dias, afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação. A publicação será gratuita e deverá iniciar-se no máximo 3 (três) dias após a entrega, na repartição competente, sob protocolo, de uma via autenticada do mandado.

III – Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas, Salvo, quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior.

IV – O prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital.

V – Caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.

VI – A sentença, quando não prolatada em audiência de instrução e julgamento, deverá ser proferida dentro de 15 (quinze) dias do recebimento dos autos pelo juiz.

Parágrafo único. O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antiguidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente.

Art. 8º Ficarà sujeita à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado, a autoridade, o administrador ou o dirigente, que deixar de fornecer, no prazo fixado no art. 1º, § 5º, ou naquele que tiver sido estipulado pelo juiz (art. 7º, n. I, letra 'b'), informações e certidão ou fotocópia de documento necessários à instrução da causa.

Parágrafo único. O prazo contar-se-á do dia em que entregue, sob recibo, o requerimento do interessado ou o ofício de requisição (art. 1º, § 5º, e art. 7º, n. I, letra 'b').

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Art. 10. As partes só pagarão custas e preparo a final.

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a Ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

Art. 13. A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas.

Art. 14. Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

§ 1º Quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual, se houver.

§ 2º Quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora.

§ 3º Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

§ 4º A parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a sequestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível 'erga omnes', exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

Art. 22. Aplicam-se à Ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.

5.2. *Objetivos e características*

Trata-se de ação de natureza constitucional que estabelece exercício de direito político de participação dos cidadãos no processo de formação da vontade estatal.⁸³ A Ação popular permite ao cidadão promover a tutela do bem coletivo e fiscalizar a atuação das autoridades estatais, impedindo atos que lesam o meio ambiente, o patrimônio histórico, a moralidade administrativa, o erário e também os consumidores quando o Poder Público for prestador de serviços essenciais contínuos.

O controle da Administração Pública é preventivo ou repressivo. Os cidadãos provocam o Poder Judiciário para exercer sua função de controle, preservando a moralidade e legalidade da vida pública. O conceito de moralidade administrativa pode ser extraído da Lei 9.874, a qual afirma que impõe a adoção de padrões éticos e atuação de boa-fé. Seriam, portanto, sujeitas a Ação popular condutas da administração em que houver abuso de direito ou desvio de poder.

A Ação popular é a única ação constitucional para defesa de interesses gerais (metaindividuais) que pode ser exercida pelos cidadãos. Mas, na prática, é pouco utilizada, em razão da interpretação restritiva dada pela doutrina e pela jurisprudência e da tímida atuação dos cidadãos.⁸⁴

5.3. *Legitimação*

5.3.1. Legitimado ativo

A Ação popular tem como legitimado o cidadão, isto é, os titulares do direito político ativo. São os brasileiros, natos ou naturalizados, maiores de 16 anos e os portugueses residentes no Brasil sob condição de reciprocidade. O cidadão deve comprovar sua condição de gozo dos direitos políticos apresentando cópia do título de eleitor ou documento equivalente. Quem tiver seus direitos políticos suspensos não pode propor Ação popular. Parte da doutrina critica a limitação do legitimado ativo para a propositura da Ação popular, uma vez que a Constituição se refere a "cidadão", e não ao cidadão que pode votar.⁸⁵

De todas as formas, não podem propor Ação popular os estrangeiros, as pessoas jurídicas⁸⁶ e o Ministério Público. Mas o Ministério Público pode opinar pela procedência ou improcedência da ação⁸⁷, como parte pública autônoma⁸⁸, agindo em nome dos interesses da sociedade e da ordem jurídica. O Ministério Público não está obrigado a participar da Ação popular, devendo fazê-lo se houver interesse público a ser defendido.⁸⁹

83. Ramos, 1991.

84. Almeida, 2007, p. 416-417. Cavalcante, 2008, analisa dados estatísticos, concluindo que a Ação popular é pouco utilizada.

85. Almeida, 2007, p. 367.

86. Súmula 365 do STF.

87. Almeida, 2007, p. 367.

88. Meirelles, 2003, p. 138.

89. Rodrigues, 2009, p. 278.

5.3.2. Legitimado passivo

A Ação popular deve ser proposta em face de:

– Pessoas jurídicas cujo patrimônio se pretende proteger. Podem ser os entes da Federação, autarquias e fundações públicas, agências executivas e agências reguladoras que administram recursos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações de direito privado, pessoas jurídicas subvencionadas pelo Poder Público.

– Pessoas que causam ou ameaçam causar lesão a bens tutelados pela Ação popular, como os funcionários ou administradores que houverem praticado ou autorizado o ato impugnado ou tiverem dado oportunidade à lesão (art. 6º da Lei 4.717) e ainda os beneficiários diretos do ato ou omissão.⁹⁰

Devem ser citadas as pessoas jurídicas públicas ou privadas em nome das quais foi praticado o ato questionado. Os beneficiários do ato são litisconsortes passivos necessários, a falta de sua citação causando nulidade absoluta.⁹¹

Uma peculiaridade da Ação popular é que a pessoa jurídica, cujo ato foi impugnado, não figura necessariamente no polo passivo, podendo também atuar junto ao autor.⁹² Com efeito, a Lei 4.717 prevê, no art. 6º, § 3º, a possibilidade de a pessoa jurídica cujo ato é impugnado abster-se de contestar o pedido e até atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público.

5.4. Competência

As regras de competência são as do processo tradicional. O art. 5º da Lei 4.717 estabelece que a competência se define pela origem do ato impugnado (federal, estadual ou municipal). O § 3º do art. 5º prevê que a propositura da ação faz com que o juízo seja competente para todas as ações posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. É competente a justiça eleitoral para questão relativa a impugnação de eleição.

No que diz respeito à competência territorial, tratando-se da administração direta federal prevalece o foro de domicílio do autor, nos termos do art. 109, § 2º, da Constituição Federal. A Lei 4.717 estabelece competência por equiparação (art. 5º, § 1º): as empresas públicas municipais e estaduais, as sociedades de economia mista municipais e estaduais, bem como as instituições privadas que recebam recursos estaduais e municipais, serão julgadas pelas Varas da Fazenda Pública de cada Estado.⁹³

Pergunta-se se ocorre litispendência ou conexão entre Ação popular e Ação civil pública que buscam proteger o mesmo direito. Havendo litispendência, uma das ações seria extinta; havendo conexão, as ações seriam julgadas conjuntamente. Parece-nos preferível a conexão, que impede decisões contraditórias e facilita o acesso à justiça e a participação política do cidadão no controle de legalidade.⁹⁴

90. Rodrigues, 2009, p. 280.

91. STJ, Recurso Especial 13.493, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julg. 5-10-1992.

92. Tavares, 2009, p. 960-961.

93. Rodrigues, 2009, p. 290.

94. Rodrigues, 2009, p. 290.

5.5. Objeto

Fiscalizam-se atos do Poder Público com a finalidade de assegurar sua lisura, impedindo ou invalidando os ilegais ou lesivos ao patrimônio público. Exemplos de atos lesivos ao patrimônio público: venda de bem público por preço abaixo da média de mercado; destruição de prédio público histórico.⁹⁵

A Ação popular pode impugnar atos administrativos vinculados e discricionários que apresentam vício. Tutelam-se também o patrimônio imaterial e ambiental. É ainda possível seu uso em casos de relação de consumo com fundamento no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor. Não podem ser objeto de Ação popular: atos jurisdicionais, leis e outros atos sem efeito concreto.

A lesão ao patrimônio público pode consistir em omissão? A resposta é positiva, pois o decisivo não é a forma da conduta, mas o dano causado. Se a omissão resulta em dano, é possível o emprego do remédio constitucional. A lesão pode ser efetiva ou presumida, conforme o art. 4º da Lei 4.717: a não observação de requisitos formais exigidos em lei gera vício, mesmo que não se tenha comprovado lesão.

O autor da Ação popular deve proteger interesses da coletividade, e não próprios, não podendo ser o beneficiário imediato da ação. É controvertido o uso dessa Ação em casos de improbidade administrativa. A Lei 8.429, de 1992, que regulamenta as consequências da improbidade administrativa, não inclui os cidadãos no rol dos legitimados (art. 17). Mas a doutrina considera possível o uso da Ação popular por ser a ação típica para a defesa do patrimônio público, sendo o cidadão, como destinatário dos serviços públicos, o maior interessado na defesa do patrimônio estatal.⁹⁶

5.6. Parâmetro

A Ação popular tem como parâmetro as normas de regularidade e legalidade da Administração Pública, constitucionais e infraconstitucionais (art. 2 da Lei 4.717). Toda vez que o ato for lesivo ao patrimônio público havendo vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos ou desvio de finalidade, pode ser anulado. A jurisprudência exige a presença do binômio ilegalidade e lesividade para que a Ação popular prospere.⁹⁷

5.7. Procedimento

O rito é o ordinário. Além dos requisitos gerais de uma petição inicial, o autor deve comprovar:

- a condição de cidadão (possibilidade de exercer o direito de voto no momento da impetração);
- a ilegalidade do ato atacado;
- a lesão, ocorrida ou presumida, comprovando, no primeiro caso, o dano.

No despacho da petição inicial o juiz deve determinar a citação pessoal da pessoa jurídica, dos funcionários que praticaram o ato e dos beneficiários, intimar o Ministério Público e determinar a eventual requisição de documentos.

95. Meirelles, 2003, p. 125.

96. Almeida, 2007, p. 360.

97. Rodrigues, 2009, p. 286.

O prazo para contestação é de 20 dias, prorrogáveis por mais 20 (art. 7, II, da Lei 4.717). Todas as espécies de defesa do processo tradicional são admitidas na Ação popular, menos a reconvenção e a exceção de incompetência, por serem incompatíveis com as finalidades do procedimento.

No caso de desistência imotivada ou de abandono da causa, outro cidadão ou o Ministério Público pode assumir a titularidade da ação (art. 9º da Lei 4.717).

É possível o pedido de Medida Liminar (art. 5º da Lei 4.717) para suspender ato lesivo ao patrimônio público. Trata-se de medida cautelar que assegura a utilidade da decisão final. O art. 1º da Lei 8.437, de 1992, veda a concessão de liminares em processos que têm como réu o Poder Público. Sustentou-se que o dispositivo impede a concessão de liminares em Ação popular. Todavia o STJ entendeu, corretamente, que cabe liminar, pois a Ação popular protege interesses do Estado, considerando que o autor da ação não se apresenta como adversário, mas como substituto processual do Estado.⁹⁸

Uma segunda dúvida é saber se cabe liminar de natureza satisfativa, tendo em vista que a Lei 4.717 não prevê essa possibilidade. A doutrina e a jurisprudência consideram possível a medida satisfativa, mediante aplicação do Código de Processo Civil, que regulamenta a tutela antecipada.⁹⁹

O art. 21 da Lei 4.717 prevê que a ação prescreve cinco anos após a edição do ato ou a ocorrência da omissão.

5.8. Sentença e seus efeitos

A sentença pode ter variada carga de eficácia, dependendo do pedido apresentado.

A sentença condenatória pode ser líquida ou ilíquida, mas a quantificação do dano obedece a critérios estabelecidos nos art. 14, §§ 1º e 2º da Lei 4.717: (a) quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual; (b) quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora; (c) quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha, até o integral ressarcimento do dano causado, se assim convier ao interesse público; (d) a parte condenada a restituir bens ou valores fica sujeita a sequestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

A reparação de danos relativos a patrimônio cultural, artístico e meio ambiente se fixa por meio de perícia. Os valores, tratando-se de lesão ao patrimônio público, devem ser revertidos à entidade pública lesada. Nos casos de titulares indeterminados, como nos danos ambientais, a Lei 4.717 prevê pena de multa a ser revertida a um fundo gerido federal ou estadual, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. A destinação ao fundo está prevista no art. 13 da Lei 7.347, sobre Ação civil pública que se aplica analogicamente à Ação popular.

98. STJ, Recurso Especial 73.083, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. em 9-9-1997.

99. Rodrigues, 2009, p. 308-309.

A sentença que julga procedente a Ação popular e invalida o ato impugnado condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis e os beneficiários. Pode ser promovida ação regressiva contra os funcionários causadores de dano quando incorrerem em culpa, nos termos do art. 11 da Lei 4.717.

A sentença que condena o réu a restituir bens ou valores deve determinar o desconto em folha de pagamento, o sequestro ou penhora de bens, garantindo a reparação ao patrimônio público (art. 14, §§ 3º e 4º da Lei 4.717). Quando a ação for claramente infundada, o cidadão será condenado ao pagamento do décuplo das custas conforme o art. 13 da mesma lei. A sentença da Ação popular não está submetida ao princípio processual da correspondência entre o pedido e a decisão. O juiz pode condenar, de ofício, o pagamento de perdas e danos, conforme o art. 11 da Lei 4.717.

Se ficar comprovada violação de norma penal ou falta disciplinar punível com demissão ou rescisão do contrato de trabalho, o juiz determina a remessa de cópias autenticadas das peças necessárias às autoridades competentes (art. 15 da Lei 7.347).

Pergunta-se se há possibilidade de conciliação na Ação popular. Parte da doutrina considera que isso é possível.¹⁰⁰ Poder-se-ia objetar que a Ação popular trata de direitos indisponíveis, que não admitem transação. Em nossa opinião, o problema não é a indisponibilidade do direito, mas o fato que o autor não pode representar a vontade da sociedade – ao contrário do que ocorre com o Ministério Público na Ação civil pública. Haveria exceção se uma associação pleiteasse apenas direitos de seus membros.

A coisa julgada da Ação popular se dá *secundum eventus litis*, ou seja, depende do resultado da lide. Se a ação for julgada improcedente por falta de provas, não faz coisa julgada material, mas apenas formal, podendo ser proposta novamente. O mesmo ocorre em caso de extinção do processo sem julgamento de mérito. Nas demais hipóteses de procedência e improcedência, forma-se coisa julgada material.¹⁰¹

5.9. Recursos

São permitidos os recursos do processo comum: agravo, apelação, embargos de declaração, embargos infringentes, agravo nos tribunais, recurso especial e extraordinário, embargos de divergência. Podem recorrer as partes do processo e o Ministério Público, nos casos de derrota do autor, bem como o terceiro prejudicado se houver sucumbência.

O pedido de suspensão da liminar objetiva suspender os efeitos de liminar concedida por questões de relevância social, econômica ou política. Não há prazo estabelecido em lei para ser interposto.

Por fim, o art. 19 da Lei 4.717 prevê como condição de eficácia da sentença o reexame necessário de seu conteúdo se o pedido for julgado improcedente.

5.10. Leituras de aprofundamento

Almeida, 2007, p. 345-417; Francisco e Messa (Org.), 2013; Mancuso, 2001; Meirelles, 2003, p. 121-158; Milaré (Org.), 2015; Ragazzi et al., 2009; Ramos, 1991; Rodrigues, 2009 e 2014, p. 131-165; Tavares, 2009, p. 915-971.

100. Rodrigues, 2009, p. 314.

101. Rodrigues, 2009, p. 320.