

# A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA NOS MANDADOS DE SEGURANÇA

Fabio Paes MACCACCHERO<sup>1</sup>

**RESUMO:** A participação da autoridade impetrada não se limita a prestar as informações solicitadas pelo Poder Judiciário, nem à possibilidade conferida pela lei de apresentar recurso contra a ordem que defere o mandado de segurança. Nos casos em que o ato atacado (ou a omissão) não tiver sido proferido com ilegalidade ou abuso de poder, sua manutenção no ordenamento jurídico interessa à própria sociedade, em nome de quem o agente público atua, e assim a participação da autoridade coatora nessa espécie de ação não fica restrita à defesa de seus interesses ou dos interesses da pessoa jurídica de Direito Público ou Privado que exerce função estatal à qual o agente está vinculado. Além disso, o conhecimento técnico da autoridade coatora do assunto relacionado ao remédio constitucional será fundamental na defesa do ato.

**Palavras-chave:** Mandado de Segurança. Autoridade impetrada. Legitimidade para atuar no processo. Lei nº 12.016, de 2009.

## 1 INTRODUÇÃO

Antes do advento da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidara no sentido de a autoridade impetrada não ter legitimidade para recorrer de sentença deferitória do Mandado de Segurança, cabendo a legitimidade recursal à pessoa jurídica de direito público. Tal posicionamento, porém, não era unânime na doutrina, havendo aqueles que defendiam a legitimidade da autoridade impetrada. O artigo 14, §2º, do referido diploma legal, acabou com a controvérsia, estendendo à autoridade coatora o direito de recorrer.

O objetivo deste trabalho é mostrar que a participação da autoridade impetrada não se limita a prestar as informações solicitadas pelo Poder Judiciário, nem à possibilidade conferida pela lei de apresentar recurso contra a ordem que defere o mandado de segurança. Além de poder participar do processo sempre que aconteçam fatos relevantes que tenham relação com o objeto da ação – comunicando-os em seguida à Justiça, como complementação das informações

---

<sup>1</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. [fabiomaccacchero@hotmail.com](mailto:fabiomaccacchero@hotmail.com)

anteriormente prestadas – a autoridade impetrada tem o dever constitucional, imposto pela observância obrigatória dos princípios da legalidade e da moralidade (Constituição Federal, art. 37, caput), de defender o ato atacado: não somente pelo fato de que foi ela quem proferiu o ato (ou teria se omitido, atingindo direito líquido e certo do impetrante), o qual presume-se estar de acordo com o ordenamento jurídico, mas porque age em nome do Poder Público, ou seja, em nome da sociedade.

Logo, nos casos em que o ato atacado (ou a omissão) não tiver sido proferido com ilegalidade ou abuso de poder, sua manutenção no ordenamento jurídico interessa à própria sociedade, e assim a atuação da autoridade impetrada tem esse aspecto muito mais amplo: é a defesa de um ato (ou de uma alegada omissão) que tem respaldo no ordenamento jurídico, ou seja, que deve ser defendido porque fora praticado dentro dos limites legais determinados pela sociedade para ser proferido. E assim a manutenção do ato, ou a declaração de inexistência da omissão, é do interesse da sociedade, em nome de quem o agente público atua, e não apenas da autoridade pública ou do agente da pessoa jurídica de Direito Público ou Privado que exerce função estatal.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

O mandado de segurança é uma garantia constitucional, determinada pelo artigo 5º, inciso LXIX, da Carta Magna. O dispositivo garante sua concessão 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”. Como explica Hugo de Brito Machado em “*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*” (2003, p. 13), constituem elementos essenciais do mandado de segurança os fatos de o instituto ser:

- “a) uma garantia constitucional que, como tal, não poder ser abolida, direta ou indiretamente, pela lei;
- b) um instrumento processual destinado a proteger todo e qualquer direito, desde que líquido e certo e não amparado pelo *habeas corpus* nem pelo *habeas data*;

c) uma garantia constitucional e um instrumento processual, do particular, contra o poder público.”

De acordo com José Afonso da Silva em “*Curso de Direito Constitucional Positivo*” (2009, p. 447), o mandado de segurança é “um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Conforme citado por Hugo de Brito Machado em “*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*” (2009, p. 13), a definição mais simplificada – e significativa – do mandado de segurança foi dada pelo professor e advogado norte-americano Kreutzer Garman

“é o processo do qual as pessoas podem dispor para obrigar o governo a fazer o que deve, e não faz, ou a não fazer o que faz, mas não deve.”

## 2.1 Definição de direito líquido e certo

Conforme mencionado anteriormente, o mandado de segurança é o instrumento processual hábil para proteger direito líquido e certo. Segundo Hely Lopes Meirelles em “*Mandado de Segurança*” (2006, p. 36/37), direito líquido e certo é aquele que:

“se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo* é *direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio – e mal expresso – alusivo a pretensão e comprovação do *direito* quando deveria aludir a precisão e comprovação dos *fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos *comprovados de plano* é que não há instrução probatória no mandado de segurança.” (Destaques do original)

De acordo com Hugo de Brito Machado em “*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*” (2003, p. 15):

“Já a expressão direito líquido e certo, no contexto normativo do mandado de segurança, está a indicar a ausência de controvérsia quanto aos fatos. O impetrante não pode questionar a verdade dos fatos, a não ser que disponha de prova pré-constituída.”

Em “*Comentários à Lei do Mandado de Segurança*”, José Cretella Júnior cita Pontes de Miranda, cujo posicionamento é similar ao de Hugo de Brito Machado:

“*Direito líquido e certo* é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações; que é, de si mesmo, concludente e inconcusso. Outro significado não se dá, em direito comercial, ao adjetivo *líquido*, cuja juridicidade os tempos já cunharam: *título líquido*, obrigação líquida são termos encontrados e de efeitos especiais à sua qualidade. De *iliquidez* inquina-se um papel, ou direito, ou obrigação, ou título, quando sobre ele pairam dúvidas razoáveis sobre o quanto. Tais considerações também cabem, em se tratando de mandado de segurança. Desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, *líquido e certo* é o seu direito.

(...)

O direito existe, ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas, em dilações, e então é incerto e ilíquido (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª Edição, 1953, vol.4, pgs. 369-370)”

## 2.2 Autoridade coatora

Da definição do mandado de segurança, conclui-se que seu uso é cabível quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder – ou seja, pela ação ou omissão que violou direito líquido e certo – for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. José Afonso da Silva em “*Curso de Direito Constitucional Positivo*” (2009, p. 446), divide esse espectro passivo do remédio constitucional em dois grupos:

“(a) autoridades públicas; (b) agentes de pessoas jurídicas no exercício de atribuições do Poder Público. No primeiro grupo, entram todos os *agentes públicos*, expressão que abrange todas as pessoas físicas que exercem alguma função estatal, como os *agentes políticos*, os *agentes administrativos* e os *agentes delegados*, entrando neste último grupo os exercentes de funções delegadas (concessionários e permissionários de obras ou serviços, os serventuários, os notários e oficiais de registros públicos – para estes, art. 236 – e exercentes de atividades sujeitas à autorização do Poder Público). Logo, no segundo grupo entram todos os agentes de pessoas jurídicas privadas que executem, a qualquer título, atividades, serviços e obras públicas.”

Autoridade coatora, em mandado de segurança, é aquela que omite ou executa diretamente o ato impugnado, ou da qual emane a ordem para a sua prática, ou seja, que detém poderes e meios para praticar o futuro mandamento,

porventura, ordenado pelo Judiciário. E conforme a explicação de José Afonso da Silva, é cabível o mandado de segurança contra ato ou omissão de agente de órgão dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário (inclusive do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público, por exemplo) ou de agente de pessoas jurídicas de Direito Privado que executem atividades, serviços ou obras públicas (como as ligadas à educação e saúde, por exemplo). O artigo 1º, §1º, da Lei nº 12.016, de 2009, esclarece ainda que, para os efeitos da lei, equiparam-se às autoridades 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.

Mas o mandado de segurança não é impetrado contra a pessoa jurídica, mas contra alguém que a representa na prática do ato atacado no *writ*. Pessoa natural, qualificada como autoridade porque age em nome do Poder Público.

### **2.3 Legitimidade da autoridade coatora**

Conforme Hugo de Brito Machado, em “*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*” (2009, p. 72), o mandado de segurança é ação especialíssima, de sorte que a ela não se ajustam exatamente todos os conceitos do Direito Processual, concernentes à ação. O conceito de parte, por exemplo, no âmbito do mandado de segurança, tem ensejado divergências, mas sem maiores conseqüências de ordem prática. Para alguns, a autoridade coatora não é parte, mas terceiro interessado, porque parte passiva seria a pessoa jurídica de Direito Público. Outros inadmitem como parte a pessoa jurídica de Direito Público à qual se vincula a autoridade coatora, sustentando que esta é litisconsorte passivo necessário, e outros, ainda, nem como tal a consideram.

Por exemplo, citando os doutrinadores Lúcia Valle Figueiredo (para quem o sujeito passivo do mandado de segurança será sempre a pessoa jurídica que deverá suportar os encargos da decisão da ação), Sérgio Ferraz e Fredie Didier Júnior, o autor José Henrique Mouta afirma em “*Mandado de Segurança – questões controvertidas*” (2007, p. 63)

“Portanto, em que pesem as manifestações em sentido contrário, acompanha-se o posicionamento de que a autoridade coatora não é *ré* no procedimento do mandado de segurança, mas mera informante, não sendo qualificadas as informações como peça de defesa, mas meio de prova. Sendo informante, não deve ser qualificada como litisconsorte, nem parte e nem mesmo assistente litisconsorcial passivo.”

Para José Henrique Mouta, a autoridade coatora funciona como substituta processual da pessoa jurídica de Direito Público (ou Privado). Portanto, não postula em nome da pessoa jurídica, mas apenas apresenta as informações necessárias ao julgamento do feito. Já Hugo de Brito Machado prefere se referir a sujeitos, em vez de partes. E, conforme seu entendimento exposto anteriormente, com o qual concordo, essas divergências não trazem maiores conseqüências de ordem prática, já que a rigor, o objetivo da participação da autoridade impetrada não é a defesa do ato (ou da inexistência de omissão) por si só, mas sim defender um ato que tenha sido proferido no exercício de uma atividade vinculada, ou seja, nos termos em que o ordenamento exige que seja proferido; ou no exercício de uma atividade discricionária, dentro dos limites que o ordenamento lhe conceda para agir com discricionariedade, sem ilegalidade ou abuso de poder. Um ato que, em última análise, a sociedade impõe que seja proferido; ou que tenha sido proferido com obediência aos limites de discricionariedade conferidos pela sociedade ao seu agente.

Assim, tendo em vista o interesse público em jogo no mandado de segurança, as divergências de posicionamentos entre a doutrina e até mesmo dentro do próprio Poder Judiciário não deve limitar a participação da autoridade impetrada no referido remédio constitucional. Edmir Netto de Araújo, por exemplo, em “*Mandado de Segurança e autoridade coatora*” (2000, p. 74/75), afirma que o contraditório, de caráter especial e rito sumaríssimo, que se notabiliza pela celeridade processual, é propiciado pelas informações do impetrado, que representariam a verdadeira contestação ao mandado de segurança. Sendo assim, a autoridade impetrada é, na prática, um dos defensores da pessoa jurídica em juízo, não tendo sentido em se impor limites formais desarrazoados em sua atuação.

Acrescente-se que esse posicionamento tem o respaldo da doutrina processualista, conforme pode se concluir dos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior em “Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Volume I” (2007, p. 248/249), na definição de atos processuais e dos agentes com capacidade para praticá-los:

“O processo apresenta-se, no mundo do direito, como uma relação jurídica que se estabelece entre as partes e o juiz e se desenvolve, através de sucessivos atos, de seus sujeitos, até o provimento final destinado a dar solução ao litígio.

Inicia-se, desenvolve-se e encerra-se o processo por meio de atos praticados ora pelas partes, ora pelo juiz ou seus auxiliares. Há, ainda, acontecimentos naturais, não provocados pela vontade humana, que produzem efeito sobre o processo, como a morte da parte, o perecimento do bem litigioso, o decurso do tempo, etc.

Assim, é lícito dizer que “o processo é uma seqüência ordenada de fatos, atos e negócios processuais”, como ensina Hélio Tornaghi. Negada, porém, por muitos, a utilidade da distinção entre atos e negócios processuais, podem-se resumir ambos sob um só conceito: o de *ato processual*.

Em conseqüência, fato processual seria todo acontecimento natural com influência sobre o processo, e ato processual toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo.

Ou, como quer Chiovenda, são “atos jurídicos processuais os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por conseqüência imediata a *constituição*, a *conservação*, o *desenvolvimento*, a *modificação* ou a *definição* de uma relação processual”.

(...)

Não raras vezes, até mesmo terceiros, estranhos à controvérsia dos litigantes, são convocados a praticar atos decisivos para que o processo atinja seu objetivo, tal como se dá nos casos de exibição de documentos ou coisa, de testemunhos, etc. Se os atos desses terceiros produzem eficácia direta e imediata sobre o desenvolvimento e influem sobre o desfecho do processo, é claro que, também, devem ser considerados atos processuais.

Em síntese, há de se entender por ato processual o ato jurídico emanado das *partes*, dos *agentes da jurisdição*, ou mesmo dos *terceiros* ligados ao processo, suscetível de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais.”

Ora, independentemente de se definir a autoridade impetrada como parte, sujeito – como entende Hugo de Brito Machado – ou substituto processual da pessoa jurídica, o que se extrai dos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior é que ela seria, no mínimo, terceiro ligado ao processo, convocado a praticar ato decisivo (a prestação de informações) para que o processo tenha seu objetivo.

Uma vez que as informações prestadas pela autoridade coatora produzem eficácia direta e imediata sobre o desenvolvimento e influem sobre o desfecho do processo, devem ser consideradas atos processuais, pois são suscetíveis de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais. E isso vale também para quaisquer informações encaminhadas pela autoridade impetrada ao Poder Judiciário no curso do mandado de segurança, ainda que posterior às informações prestadas em obediência ao disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016, de 2009 (*ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, a fim de que, no prazo de 10 dias, preste as informações sobre o ato impugnado ou sobre a alegada omissão*).

Acrescente-se que, como observa Hugo de Brito Machado em *“Mandado de Segurança em Matéria Tributária”* (2009, p. 81), *“para a preservação do prestígio da garantia constitucional, questões processuais menores devem ser superadas”*, com o objetivo primordial de proteção às pessoas físicas e jurídicas e de se cessar imediatamente qualquer violação ilegal ou abusiva a direito líquido e certo. Tal raciocínio deve ser aplicado também à defesa do ato que está em conformidade com o ordenamento jurídico, tendo em vista que sua manutenção é de interesse da sociedade, em nome de quem atuam as autoridades públicas e os agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

## **2.4 A importância da atuação da autoridade impetrada no processo**

Ainda que os representantes judiciais da União, do Estado, do Distrito Federal ou do município sejam aqueles que tenham a formação específica de ensino superior que lhes dá a competência e a capacidade técnica de atuar em juízo, a autoridade impetrada muitas vezes detém o conhecimento técnico – e até jurídico – da matéria que fará com que o Poder Judiciário considere que o ato impugnado foi proferido de acordo com o ordenamento jurídico, não havendo falar em ilegalidade ou abuso de poder. E daí a importância da participação da autoridade coatora no mandado de segurança.

Por exemplo, um objeto que tem sido recorrente em mandados de segurança na área tributária federal é a alegada omissão da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) em analisar créditos decorrentes do regime não-cumulativo na apuração das contribuições para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e para os programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Tal omissão estaria violando o direito líquido e certo dos contribuintes de ter seus créditos ressarcidos.

Sem entrar no mérito de que a aplicação do artigo 24 da Lei nº 11.457, de 16 de março 2007, a esses casos estaria ou não correta (o dispositivo está inserido no capítulo relativo à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão distinto da RFB, e nada tem a ver com a análise de pedidos de restituição ou



ressarcimento de tributos, mas de petições relacionadas a inscrições de débito em Dívida Ativa da União), é óbvio que o fato de decorrer um longo período de tempo entre o pedido do contribuinte e a análise da RFB é uma omissão do Poder Público que viola direito líquido e certo do sujeito passivo, sendo cabível, na hipótese, a impetração de mandado de segurança.

Porém, o cerne da questão no exemplo acima é – caso deferido o pleito do impetrante, seja em sede liminar ou em sentença – o prazo para o cumprimento da ordem do Poder Judiciário, no sentido de se proceder à análise do pedido administrativo de ressarcimento. Há casos em que o Poder Judiciário determina que a ordem seja cumprida em 10, 30, 60 ou 90 dias, a contar da ciência da decisão judicial, independentemente do número de trimestres a serem analisados pela autoridade impetrada e independentemente da data em que o contribuinte apresentar documentos imprescindíveis para a análise do crédito e que tenham sido solicitados pela Administração Tributária. Nesses casos, são fundamentais as informações eminentemente técnicas a serem prestadas pela autoridade impetrada.

Isso porque é o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil que terá condições de detalhar para o Poder Judiciário os procedimentos de análise do crédito, que envolvem a verificação de livros fiscais e contábeis – e a contabilização de milhares de operações, dependendo do porte do contribuinte – a verificação de operações de exportações (no caso de crédito decorrente de saídas para o exterior), a circularização de informações com terceiros envolvidos (fornecedores de matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem ou adquirentes de produtos). Para se ter uma idéia da complexidade desses procedimentos, muitas vezes o sujeito passivo demora cerca de 30 dias somente para apresentar os documentos necessários para análise do crédito, fato que deve ser levado em conta pelo Poder Judiciário no momento da determinação do prazo para cumprimento da decisão que defere o pleito do impetrante (essa demora no atendimento da solicitação administrativa deve ser informada pela autoridade impetrada ao Judiciário, que, mesmo que a não tenha levado em conta para determinação do prazo de cumprimento da decisão judicial, tem se mostrado flexível em relação às suas decisões, prorrogando o início do prazo de cumprimento para a data em que o sujeito passivo apresentar todos os documentos necessários para a análise do pedido administrativo de ressarcimento de crédito. Esse é um exemplo de que a atuação da autoridade coatora no processo não se limita às informações prestadas

nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016, de 2009, que são encaminhadas antes da decisão a ser proferida pelo Judiciário, seja em sede liminar ou na sentença ou acórdão).

Assim, nas questões que dizem respeito especificamente à análise de pedido de ressarcimento de tributo administrado pela RFB, a autoridade impetrada teria maior conhecimento técnico para fazer a defesa do ato do que o representante judicial da União que atua nesses casos: o Procurador da Fazenda Nacional, que, por sua vez, tem o necessário conhecimento jurídico para as questões processuais do mandado de segurança, além da competência legal para a defesa da União nas causas tributárias. Portanto, no exemplo acima, a atuação da autoridade impetrada no mandado de segurança será fundamental para a defesa do interesse do Estado – ou seja, da sociedade – no processo.

Acrescente-se que o artigo 14, §2º, da Lei nº 12.016, de 2009, que estende à autoridade coatora o direito de recorrer da sentença concessiva do mandado de segurança, é também o reconhecimento do legislador de que ela tem o conhecimento técnico capaz de defender o interesse público no processo. Hugo de Brito Machado, em “*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*” (2009, p. 231) vai mais longe:

“Nos termos da Lei nº 12.016/09, estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer. Assim, ficou superada a questão da legitimidade da autoridade coatora para recorrer. É certo que o dispositivo legal que estende à autoridade coatora a legitimidade para recorrer é um parágrafo do artigo que afirma o cabimento da apelação. É razoável, portanto, o argumento de que essa legitimidade diz respeito somente à apelação, e não aos recursos em geral. Menos ainda ao pedido de suspensão da liminar e da sentença. Não é este, porém, o nosso entendimento. Preferimos entender que a autoridade coatora tem legitimidade para interpor qualquer dos recursos cabíveis no processo do mandado de segurança.”

Além disso, o mandado de segurança também é cabível não apenas em relação aos atos que dizem respeito ao exercício das funções administrativas do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Ministério Público, mas contra decisão judicial (desde que não tenha transitado em julgado ou da qual não caiba recurso com efeito suspensivo) e outros atos que se incluem no exercício das funções precípuas desses poderes (jurisdicional, legislativa e de defesa da ordem jurídica, respectivamente). Tendo em vista que os cargos de juiz e de membro do MP são privativos de bacharel em Direito e que a função primordial do parlamentar é a construção/modificação do ordenamento jurídico, a legitimidade desses para participar do mandado de segurança nem merece maiores comentários.

## 2.5 A alegada inconstitucionalidade do art. 14, §2º da Lei nº 12.016, de 2009

O entendimento exposto no item anterior, porém, está longe de ser unânime. Exemplo disso é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4403/DF, alegando na petição inicial que o artigo 14, §2º, da Lei nº 12.016, de 2009, é inconstitucional “por evidente usurpação da função indispensável do advogado na administração da justiça, conforme art. 133, da Carta Maior, visto que permite que pessoa física – autoridade coatora (e em grande parte desprovida de formação jurídica, capacidade postulatória e inscrição nos quadros da OAB) – postule em juízo interpondo recurso contra a sentença proferida no mandamus”. De acordo com o Conselho Federal da OAB, tal possibilidade caracterizaria “manifesta ofensa à indispensabilidade do advogado na administração da justiça”. E acrescenta:

“A legislação anterior não tinha dispositivo semelhante, tratando-se, portanto, de inovação legislativa que tem causado embaraços processuais porque algumas autoridades coatoras estão interpondo apelações contra as sentenças denegatórias, e o fazem sem advogado.

Essa situação tem ocorrido principalmente naqueles casos de pessoas físicas que não estão mais investidas no cargo, mas, mesmo assim, comparecem em juízo após a sentença concessiva da ordem e interpõem recurso de apelação, cuja peça processual, contudo, não está subscrita por advogado inscrito na OAB e sequer atende os pressupostos processuais imanentes ao recurso de apelação, já que tais pessoas na grande maioria dos casos não detêm conhecimentos jurídicos e capacidade postulatória.

(...)

Patente, portanto, a inconstitucionalidade do § 2º, do art. 14, da Lei nº 12.016/09, por direta ofensa ao art. 133, da Carta Maior. Caso, entretanto, assim não se entenda, pugna o Conselho Federal da OAB que, ao menos, seja conferida interpretação conforme à Constituição de modo que seja assentado que a regra do § 2º do art. 14, da Lei nº 12.016/2009 não tornou o advogado dispensável à administração da justiça, descabendo a interposição de recurso sem a subscrição de profissional da advocacia.”

As alegações da OAB partem de premissas equivocadas. Em primeiro lugar porque em nenhum momento, na petição inicial, a entidade demonstra com fatos concretos que a autoridade coatora é “em grande parte desprovida de formação jurídica”. Já mencionamos que é cabível, por exemplo, mandado de segurança contra decisão judicial e atos proferidos no exercício das funções precípuas do Poder Legislativo e do Ministério Público, como, por exemplo, contra

ato de Mesa de Casa do Congresso Nacional que determine a discussão de emenda constitucional ou de projeto de lei que infrinja o disposto no artigo 60, § 4º da Constituição da República (*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais*). Essas autoridades são obrigatoriamente bacharéis em Direito, se membros do Judiciário ou do MP, ou no mínimo detêm conhecimento jurídico, se parlamentares.

A petição inicial da ADI nº 4403/DF também não discute a questão apresentada no item 2.4 deste trabalho, ou seja, que a autoridade impetrada tem o conhecimento técnico da matéria objeto do mandado de segurança, uma vez que o ato ou a omissão ilegal está vinculado ao exercício de suas atribuições legais ou normativas. Além disso, sabe-se que o próprio Poder Judiciário reconhece que há vários cargos públicos cujo exercício é considerado como sendo efetiva atividade jurídica para efeitos do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, transcrito abaixo:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (Grifei)

Um exemplo desses cargos cujo exercício é considerado como sendo efetiva atividade jurídica é o de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, conforme decidido pelo Conselho Nacional de Justiça por decisão unânime proferida no Pedido de Providências nº 1438, na 42ª Sessão Ordinária, de 12 de Junho de 2007. A decisão foi tomada com fundamento no artigo 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. O dispositivo está transcrito a seguir:

“Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

- a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;
- b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;
- c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

- d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;
  - e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;
  - f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;
- II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil.”

Transcrevo abaixo trecho do voto proferido pelo relator da decisão, o Conselheiro Eduardo Kurtz Lorenzoni:

“Como se vê dos dispositivos legais antes transcritos, tais atividades envolvem a constituição de créditos tributários, o manejo (e até mesmo a decisão) em processos administrativos, a interpretação das leis regentes de cada matéria, não havendo óbice para considerá-las como atividade jurídica.”

Observe-se que a decisão foi proferida citando-se o artigo 2º da Resolução CNJ nº 11, de 31 de janeiro de 2006, que dizia o seguinte:

“Art. 2º Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.”

A Resolução CNJ nº 75, de 12 de maio de 2009, revogou a Resolução CNJ nº 11, de 2006, mas manteve, em seu artigo 59, inciso III, o teor do dispositivo citado acima, considerando atividade jurídica o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico. Assim, o entendimento proferido pelo CNJ na decisão do Pedido de Providências nº 1438, em 12 de junho de 2007, continua de acordo com as normas emanadas do próprio Conselho, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 103-B, § 4º, inciso I, da Constituição da República.

Ainda que o objetivo do Pedido de Providências nº 1438 tenha sido o de garantir a um AFRFB formado em Direito a possibilidade de contabilizar o período de exercício da função como exercício de atividade jurídica, para fins de inscrição em concurso público para a magistratura, a decisão do CNJ serve para rebater parte dos argumentos da OAB na petição inicial na ADI nº 4403/DF. Ou seja, tendo em vista que existem cargos cujo exercício é permitido por profissionais de diversas áreas e que ainda assim são considerados de como exercício de atividade jurídica, é no mínimo questionável – para não dizer equivocada – a afirmação da OAB de que a autoridade impetrada “na grande maioria dos casos não detêm conhecimentos jurídicos”, já que a ausência de formação específica em Direito não significa que a

autoridade não tenha conhecimento jurídico. Até porque o próprio exercício de cargo público pressupõe o conhecimento da lei, na qual se fundamenta toda a atividade da Administração Pública, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, conforme o artigo 37, caput, da Constituição Federal.

A OAB também argumenta que a permissão para pessoa não inscrita na entidade postular em juízo, interpondo recurso contra a sentença proferida no mandado de segurança na qualidade de autoridade coatora, é inconstitucional por usurpação da função indispensável do advogado na administração da justiça, conforme artigo 133 da Constituição. Para rebater tal afirmação, faço um paralelo com outro remédio constitucional, o habeas corpus.

Não há, nos incisos LXVIII e LXIX do artigo 5º da Carta Magna, qualquer menção à obrigatoriedade da assistência por advogado na impetração do hábeas corpus ou do mandado de segurança. No entanto, o artigo 133 da Lei Maior, ao determinar que o advogado é indispensável à administração da justiça, poderia ser interpretado no sentido da impossibilidade de se fazer uso desses remédios constitucionais sem a assistência de advogado inscrito na OAB.

No entanto, a determinação do artigo 133 não é absoluta. Tanto que a própria Lei Maior, em seu artigo 98, incisos I e II, previu a criação de juizados especiais e da justiça de paz, dispensando em alguns casos a assistência de advogado. Tal entendimento foi expresso pelo STF na decisão proferida na ADI nº 1127-8/DF, por meio da qual o tribunal excluiu a aplicação da expressão “qualquer” do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, em relação aos juizados especiais, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. Ou seja, com a decisão, o STF afirmou a constitucionalidade da desnecessidade de assistência de advogado em certas causas: por exemplo, o artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho afirma que os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final; já o artigo 9º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, diz que nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, não necessitando de advogado.

Voltando ao paralelo entre habeas corpus e mandado de segurança, o próprio Estatuto da Advocacia, em seu artigo 1º, §1º, exclui das atividades privativas da advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal. Portanto, a lei também pode excepcionar a regra da obrigatoriedade de assistência

por advogado, assim como fizera a CLT, ainda que no caso de uma previsão não expressa no texto constitucional. Pode-se argumentar que a dispensa, no caso da impetração de hábeas corpus, deve-se à importância do direito à liberdade de locomoção. Nesse sentido, realmente não há como comparar a liberdade de locomoção com o direito de a autoridade impetrada interpor recursos em mandados de segurança. Porém, a discussão aqui é se a lei poderia excepcionar a regra contida no artigo 133 da Constituição. Conforme os exemplos acima, isso é perfeitamente possível, uma vez que nenhum princípio constitucional é absoluto, podendo ser mitigado se houver conflito com outros direitos de relevada importância.

Nesse caso, tendo em vista a notória incapacidade da Administração Pública de dar conta de todas as suas demandas, permitir a interposição de recursos em mandados de segurança pela autoridade impetrada significa um grande auxílio à Advocacia-Geral da União, cujo número de advogados, procuradores e assistentes jurídicos é muito menor do que o necessário para representar a União judicialmente. Portanto, a matéria do artigo 14, §2º da Lei nº 12.016, de 2009, é de interesse público, havendo relevância e razoabilidade suficiente para mitigar a regra do artigo 133 da Carta Magna.

### **3 CONCLUSÃO**

A participação da autoridade impetrada não se limita a prestar as informações solicitadas pelo Poder Judiciário, nem à possibilidade conferida pela lei de apresentar recurso contra a ordem que defere o mandado de segurança. No mínimo, ela pode ser considerada terceiro ligado ao processo, convocado a praticar ato decisivo (a prestação de informações) para que o processo tenha seu objetivo.

Uma vez que as informações prestadas pela autoridade coatora produzem eficácia direta e imediata sobre o desenvolvimento e influem sobre o desfecho do processo, devem ser consideradas atos processuais, pois são suscetíveis de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais. E isso vale também para quaisquer informações encaminhadas pela autoridade impetrada ao Poder Judiciário no curso do mandado de segurança, ainda que posterior às informações

prestadas em obediência ao disposto no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016, de 2009.

Assim, além de poder participar do processo sempre que aconteçam fatos relevantes que tenham relação com o objeto da ação – comunicando-os em seguida à Justiça, como complementação das informações anteriormente prestadas – a autoridade impetrada tem o dever constitucional, imposto pela observância obrigatória dos princípios da legalidade e da moralidade (Constituição Federal, art. 37, caput), de defender o ato atacado: não somente pelo fato de que foi ela quem proferiu o ato (ou teria se omitido, atingindo direito líquido e certo do impetrante), o qual presume-se estar de acordo com o ordenamento jurídico, mas porque age em nome do Poder Público, ou seja, em nome da sociedade.

Logo, nos casos em que o ato atacado (ou a omissão) não tiver sido proferido com ilegalidade ou abuso de poder, sua manutenção no ordenamento jurídico interessa à própria sociedade, e assim a atuação da autoridade impetrada tem esse aspecto muito mais amplo: é a defesa de um ato (ou de uma alegada omissão) que tem respaldo no ordenamento jurídico, ou seja, que deve ser defendido porque fora praticado dentro dos limites legais determinados pela sociedade para ser proferido. E assim a manutenção do ato, ou a declaração de inexistência da omissão, é do interesse da sociedade, em nome de quem o agente público atua, e não apenas da autoridade pública ou do agente da pessoa jurídica de Direito Público ou Privado que exerce função estatal.

Acrescente-se que o artigo 14, §2º, da Lei nº 12.016, de 2009, que estende à autoridade coatora o direito de recorrer da sentença que concede o mandado de segurança, é também o reconhecimento do legislador de que ela tem o conhecimento técnico capaz de defender o interesse público no processo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.



BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ata e Certidão de Julgamento da 42ª Sessão Ordinária, de 12 de Junho de 2007.** Disponível em [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3100:ata-e-certidde-julgamento-da-42o-sessordina-de-12-de-junho-de-2007&catid=56:atas-do-conselho&Itemid=510](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3100:ata-e-certidde-julgamento-da-42o-sessordina-de-12-de-junho-de-2007&catid=56:atas-do-conselho&Itemid=510).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ nº 11, de 31 de janeiro de 2006.** Disponível em [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=105:resolu-no-11-de-31-de-janeiro-de-2006-&catid=57:resolucoes&Itemid=1085](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=105:resolu-no-11-de-31-de-janeiro-de-2006-&catid=57:resolucoes&Itemid=1085).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ nº 75, de 12 de maio de 2009.** Disponível em [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7506:resolucao-no-75-de-12-de-maio-de-2009&catid=57:resolucoes&Itemid=1085](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7506:resolucao-no-75-de-12-de-maio-de-2009&catid=57:resolucoes&Itemid=1085).

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Mandado de Segurança e autoridade coatora.** São Paulo: LTR, 2000.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento – Volume I.** 47ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUNIOR, José Cretella. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança.** 8ª Edição, revista. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em matéria tributária.** 5ª Edição. São Paulo: Dialética, 2003, e 8ª Edição. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 29ª Edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança – questões controvertidas.** Salvador: Jus Podium, 2007.