V O T O

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

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

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

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

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

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

O artigo 1º, § 2º, em relação ao qual a Procuradoria-Geral da República tem como inadmissível a ação, versa o não cabimento do mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00

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

Rejeito as preliminares suscitadas.

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

> Art. 5º […]
> […]
> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
> […]
> LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* , quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

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

> Art. 1º […]
> […]
> § 2º – Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, atuando em geral, submetem-se, a teor do artigo 173 da Constituição Federal, às leis. São pessoas jurídicas de direito privado. Logo, se praticados atos de gestão comercial por administradores, ficam sujeitos a impugnação em Juízo, caso se mostrem contrários a interesse do cidadão. Não há razoabilidade em dizer-se que este pode ajuizar ação ordinária, mas não mandamental, valendo ressaltar, mais uma vez, que essa última tem envergadura constitucional – inciso LXIX do artigo 5º referido.

O acesso ao Judiciário deve ser amplo, sendo impertinente dizer, de antemão, inadequada esta ou aquela ação. Importante é que se tenha no

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00

cenário jurídico conflito de interesses. Então o prejudicado pode, de início, utilizar a via ordinária ou a do mandado de segurança.

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

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

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

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

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

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

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

A cabeça do artigo 22 não contém previsão incompatível com a Constituição Federal **,** no que disciplina o alcance da coisa julgada quanto ao mandado de segurança coletivo, impetrado na forma do inciso LXX do

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00

artigo 5º da Carta da República. Atuando órgão de classe, o pronunciamento judiciário se faz na extensão dos substituídos, ou seja, dos integrantes da categoria.

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

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

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

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

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00

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

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

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00