

FACULDADE DE DIREITO DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
PREVIDENCIÁRIO

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL
EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

BRUNO GRAEFLINGER

São Paulo

2016

BRUNO GRAEFLINGER

**MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL
EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Damásio de Jesus como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Previdenciário.

Orientadora: Professora Fabiana Regina Camargo

São Paulo

2016

Graeflinger, Bruno

**Mandado de Segurança Individual/Bruno
Graeflinger/ São Paulo, 2016.**

**Trabalho de conclusão de curso de pós-
graduação em Direito Previdenciário – Faculdade
Damásio**

BRUNO GRAEFLINGER

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

Monografia apresentada à Faculdade Damásio como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário.

Professora **Fabiana Regina Camargo - Orientadora**

Faculdade de Direito Damásio de Jesus

1º Examinador

Faculdade de Direito Damásio de Jesus

2º Examinador

Faculdade de Direito Damásio de Jesus

São Paulo, **dezembro de 2016.**

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do mandado de segurança individual, uma das garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, principalmente no que diz respeito ao seu novo regramento através da Lei nº 12.016/2009. Trata-se, em linhas gerais, de uma ação constitucional destinada a resguardar o direito líquido e certo do cidadão contra a atuação ilegal do Poder Público. Esta exposição abrange o perfil do instituto nos planos constitucional e infraconstitucional, a sua evolução no direito brasileiro, as condições da ação a ele inerentes, o seu objeto, as hipóteses nas quais é viável e nas quais é inviável a sua utilização e a relação processual com todas as suas especificidades.

Palavras-chave: mandado de segurança individual - ação constitucional - garantia fundamental – poder público

ABSTRACT

This essay's object of study is the Individual Petition for Writ of Mandamus, one of the fundamental guarantees present in the of the Federative Republic of Brazil Constitution, especially with regards to its new regulation to its new regulation through the Law number 12.016/2009. It refers, in general, to a constitutional act intended to save the legal essential right of the citizen against the illegal action of the Government. This study embrace the institute profile of the institute in both infra-constitutional and constitutional plans, its evolution in the Brazilian law, the applicable action conditions inherent to itself, its own object, the viability hypothesis of its application and the procedural relation to all its specificities.

Keywords: individual petition for writ of mandamus - constitutional act - fundamental guarantee - government

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 O MANDADO DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	08
2 CONCEITO E FINALIDADE	12
3 NATUREZA JURÍDICA	14
4 OBJETO E HIPÓTESES DE CABIMENTO	15
4.1 MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO E PREVENTIVO	16
4.2 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL	17
5 PROVIMENTO MANDAMENTAL	22
6 PRESSUPOSTOS	24
6.1 DIREITO LÍQUIDO E CERTO	24
6.2 ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER	25
6.3 ATO DE AUTORIDADE	27
7 CONDIÇÕES DA AÇÃO	29
7.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA	29
7.2 LEGITIMAÇÃO PASSIVA	31
7.3 INTERESSE PROCESSUAL OU INTERESSE DE AGIR	32
8 PROCESSUALÍSTICA NO MANDADO DE SEGURANÇA	35
8.1 PRAZO PARA A IMPETRAÇÃO	35
8.2 COMPETÊNCIA	38
8.3 PARTES	40
8.4 PETIÇÃO INICIAL	41
8.5 LIMINAR E SUSPENSÃO	44
8.6 NOTIFICAÇÃO E INFORMAÇÕES	49
8.7 MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	51
8.8 SENTENÇA	52
8.9. EXECUÇÃO	54
8.10 RECURSOS	56
8.11 COISA JULGADA	59
9 O MANDADO DE SEGURANÇA NA ESFERA PREVIDENCIÁRIA	61
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Uma das mais importantes ações constitucionais brasileiras, o mandado de segurança, passou em 2009 por uma considerável transformação. Seu regramento foi alterado através da Lei nº 12.016/2009, que veio a substituir a Lei nº 1.533/1951, o diploma legal que deu ao referido instituto o seu perfil, no plano infraconstitucional, por mais de meio século. A análise do mandado de segurança é o objeto deste estudo.

A cada dia que passa, aumenta o número de demandas que chegam ao Judiciário, a maioria tendo o Poder Público como parte passiva. Isso denota o desprezo – infelizmente, cada vez maior - com que o Poder Público vem encarando os direitos individuais. Atingidos em sua esfera jurídica pelos desmandos e pela prepotência do poder estatal, os cidadãos veem-se na contingência de recorrer ao Judiciário para que possam ter seus direitos resguardados. E, aqui, o mandado de segurança assume um relevo especial: o instituto constitui uma das mais importantes garantias postas à disposição do cidadão para a defesa de seus direitos contra as arbitrariedades levadas a cabo pelo Estado. Daí a relevância do tema.

A metodologia utilizada será a dedutiva, consistindo em pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Quanto à estrutura este estudo será dividido em oito capítulos.

O capítulo 1 será dedicado ao estudo breve da história do mandado de segurança no direito brasileiro.

O capítulo 2 será dedicado à sua exposição conceitual e à sua finalidade.

O capítulo 3 será dedicado à compreensão da sua natureza jurídica.

O capítulo 4 será dedicado à análise do objeto e das hipóteses de cabimento da ação mandamental. Para tanto, o primeiro passo consistirá em delimitar o seu objeto. Será, a seguir, estudada a distinção entre mandado de segurança preventivo e repressivo, com as contingências inerentes a cada uma dessas espécies. Tratar-se-á, após, das hipóteses de cabimento da medida, dando-se um relevo especial para o controverso mandado de segurança impetrado contra ato judicial.

O capítulo 5 será dedicado ao chamado caráter “mandamental” das decisões proferidas em sede de mandado de segurança

O capítulo 6 será dedicado aos pressupostos do remédio constitucional passando pela análise do direito líquido e certo, de importância central no estudo do instituto, e pela conceituação de ilegalidade ou abuso de poder e do ato de autoridade.

O capítulo 7 será dedicado às peculiares condições da ação mandamental.

O capítulo 8, por sua vez, tratará da análise das questões processuais e procedimentais. Toda a parte processual do instituto será abordada: prazo para impetração, competência, partes, petição inicial, liminar, suspensão, notificação, informações, manifestação do Ministério Público, sentença, execução, recursos e coisa julgada.

Por fim, o capítulo 9 tratará sobre a aplicação do mandado de segurança individual na esfera previdenciária, notadamente no que tange à sua utilização como instrumento processual ágil e célere para obtenção de resultados mais satisfatórios ao segurado ou àqueles que tenham que se salvaguardar de ilegalidades ou arbitrariedades praticadas pelas autoridades pertencentes aos quadros do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

1 O MANDADO DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O mandado de segurança é uma maneira ou forma de se tutelarem direitos subjetivos que estejam ameaçados de lesão ou que já foram violados, por ato da autoridade pública responsável.

Próximo do final do século XVIII, com fortalecimento do direito constitucional, consagrou-se a busca por maior segurança das liberdades individuais em oposição ao arbítrio e supremacia, até então presente, dos agentes e integrantes do poder público.

O acesso do indivíduo aos órgãos estatais, a fim de evitar ou coibir abusos ou ilegalidades, só se tornou realidade com o surgimento da divisão dos poderes (ou melhor, das funções do Estado, já que para grande parte da Doutrina o poder é uno e, portanto, indivisível).

Dessa maneira, ao se realizar a chamada “tripartição” do poder em: legislativo, executivo e judiciário, a intenção foi fortalecer o controle do poder pela divisão de suas funções, próprias dos Estados Democráticos de Direito. Os direitos disciplinados na Constituição Federal ao assegurarem diversos preceitos fundamentais tiveram que, ao mesmo tempo, proporcionar os instrumentos práticos capazes da realização material e da obediência dos particulares ao Estado a seus mandamentos.

Surgiu assim, como um dos mecanismos constitucionais, o Mandado de Segurança, a fim de possibilitar ao cidadão o reconhecimento e a obtenção da segurança jurídica necessária, ao caso concreto, da parte prejudicada pelo ente ou agente público.

No Brasil, na Constituição de 1934 foi previsto o Mandado de Segurança (com essa nomenclatura) pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a sua origem, do ponto de vista do Direito Positivo, está na Constituição de 1934, exatamente no seu art. 113, nº 33, nos seguintes termos:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida

a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

A primeira lei editada para regular o processo relativo ao mandado de segurança foi a de nº 191, de 15 de janeiro de 1936.

Já na Carta outorgada em 1937, não havia previsão para o mandado de segurança, nada obstante se houvesse ocupado do *habeas corpus*.

Neste ponto, representou uma involução, não porque o mandado de segurança tenha deixado de existir na ordem processual, pois a Lei nº 191/1936 não foi revogada pela Carta de 1937. O que ocorreu, na verdade, nesse período, foi que o mandado de segurança deixou de ser uma garantia constitucional para converte-se em mera manifestação normativa ordinária.

Como se não fosse o bastante, o Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, restringiu acentuadamente, o campo de atuação do mandado de segurança, ao impedir, por exemplo, a sua impetração contra atos do Presidente da República, de Ministros de Estado, de Governadores e de Intervenções estaduais.

O Código de Processo Civil de 1939, concebido em pleno “Estado Novo”, manteve o veto à possibilidade de o mandado de segurança ser utilizado para impugnar atos do Presidente da República, de Ministros de Estado, de Governadores e de Intervenções – veto estabelecido pelo já referido Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937.

A Constituição de 1946, promulgada em 18 de setembro de 1946, inscreveu o mandado de segurança no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais (artigo 141, § 24).

Em 1951 foi editada a Lei nº 1533, de 31 de dezembro de 1951, com a finalidade específica de regular por inteiro a matéria relativa ao mandado de segurança e, com isso, ficaram expressamente revogados os artigos 319 a 331 do Código de Processo Civil então vigente.

A Lei nº 1533/51, por sua vez, sofreu, posteriormente, diversas alterações, notadamente pelas seguintes legislações: a) Lei nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962; b) Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964; e c) Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966.

A Constituição de 1967, outorgada em 24 de janeiro de 1967, previa o instituto do mandado de segurança em seu artigo 150, § 21. A Carta de 1967 não introduziu nenhuma alteração substancial no instituto.

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) não disciplinou o mandado de segurança que, por isso, seguiu sendo regulado pela Lei nº 1.533/51. Esta, a propósito, teve os seus artigos 12 e 13 modificados pela Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que os adaptou ao Código de Processo Civil então vigente. Tempos depois, a Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, corrigiu o erro de adaptação cometido pela antedita Lei nº 6.014/73. Mais do que isso, ela alterou o artigo 19 da Lei nº 1.533/51, para atualizar a remissão feita por essa norma legal a certos artigos do diploma processual civil de 1939, que foi revogado pelo de 1973, além de impor o duplo grau de jurisdição quando a sentença fosse concessiva da segurança.

A constituição de 1988, vigente desde 5 de outubro de 1988, inseriu expressivas modificações no instituto como demonstram os incisos LXIX e LXX do artigo 5º.

Desde 1946, os textos constitucionais excluíaam do campo de proteção do *mandamus* aquela classe de direitos que pudesse ser amparada por *habeas corpus*. A Constituição de 1988 ampliou essa ressalva, ao aludir também ao *habeas data*, instituto de origem inglesa e, de certa forma, lusitana, tendente a assegurar o conhecimento de informações atinentes à pessoa do requerente, constantes de registros ou de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e a promover a retificação de dados, quando se preferir fazê-lo por meio de procedimento sigiloso, judicial ou administrativo (artigo 5º, LXXII).

De outro giro, deve-se chamar a atenção ao fato de a Constituição em vigor haver bosquejado a definição de autoridade coatora: autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público.

A novidade mais substancial, no entanto, trazida pela Carta de 1988, foi a introdução do mandado de segurança coletivo, para cuja impetração estão legitimados os partidos políticos (desde que possuam representação no Congresso Nacional), as entidades sindicais, de classe e associações (bastando para tal que estejam legalmente constituídas em funcionamento há, pelo menos, um ano).

Em 2009, foi editada a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que dispôs sobre o mandado de segurança individual e coletivo e deu outras providências, revogando a Lei nº 1.533/51, entre outras.

Finalmente, cabe considerar que o instituto do mandado de segurança continua sendo regido pela referida Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, mesmo depois da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), uma vez que o instituto é regulado por lei especial, que tem prevalência sobre a geral.

2 CONCEITO E FINALIDADE

Os incisos LXIX e LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal, assim dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

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;

Assim, o mandado de segurança é o meio constitucionalmente previsto de que se pode valer a pessoa física ou jurídica com o fim de obter um mandado para proteger direito, próprio ou de terceiro, individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública, seja de qual categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, ou de representantes ou órgãos de partidos políticos ou de dirigentes de pessoa jurídica ou de pessoa natural no exercício de atribuições do poder público, naquilo que disser respeito a essas atribuições.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, pode-se definir mandado de segurança como:

o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.¹

O mandado de segurança, segundo De Plácido e Silva, exprime:

¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25/26.

a ação intentada pela pessoa no sentido de ser assegurado em um direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato de autoridade, manifestadamente inconstitucional e ilegal [...] sua finalidade é a de anular o ato ilegal, que violou o direito, ou de impedir que se execute a ameaça contra o direito.²

Assim, o mandado é uma ação de segurança que se constitui em instrumento que visa defender os indivíduos de atos ilegais ou abusos de poder, praticados em violação a um direito constituído, recaindo-se seus efeitos contra atos vinculados ou discricionários emanados pela autoridade.

Desse modo, a finalidade do mandado de segurança é evitar dano ou ameaça de lesão aos indivíduos que se encontram sob a obrigatória regulação de seus interesses particulares pela atividade e administração do ente estatal, ainda que delegadas as outras pessoas jurídicas, como por exemplo, os concessionários de serviços públicos.

Daí se funda o Estado Democrático de Direito galgado nas liberdades civis e políticas, assegurando-se a proteção de direitos e garantias individuais e coletivas pelo acesso amplo ao Poder Judiciário.

Vale citar o conceito de mandado de segurança a seguir:

[...] uma garantia, um remédio, de natureza constitucional, exteriorizada por meio de uma ação especial, posta à disposição de qualquer pessoa (física ou jurídica, de direito público ou privada), ou de ente despersonalizado com capacidade processual, cujo escopo repousa na proteção de direito individual ou coletivo, próprio ou de terceiro, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do poder público.³

²DE PLÁCIDO E SILVA. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.878.

³LEITE, Carlos Henrique Bezerra *apud* REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo** – São Paulo: Saraiva, 2002. p.136.

3 NATUREZA JURÍDICA

No passado muito se discutiu sobre a natureza jurídica do mandado de segurança e a polêmica doutrinária chegou a ponto de alguns afirmarem que o *mandamus* era causa e não ação. Outras vezes, disse-se que ele era remédio e não ação. Houve, ainda, quem negasse ao instituto a natureza de ação, preferindo tratá-lo como simples remédio jurídico, despido de forma e figura de juízo, destinada à rápida proteção de direitos individuais líquidos e certos, para os quais não houvesse outra solução judicial adequada, concluindo-se que ele não possuía natureza contenciosa nem produzia coisa julgada material.

Atualmente, tal discussão não mais se coloca, pois a doutrina é uníssona em considerá-lo como ação, entendida como o direito subjetivo público de provocar o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado.

O publicista Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra sobre o tema, atualizada pelos notáveis juristas Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, assim conceituou:

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento à notificação judicial. Sendo ação civil, o mando de segurança enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízos competentes para o seu julgamento quando for interessada a União Federal (artigo 109, I e VIII) e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que lhe é próprio, aplicando-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil. Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo. Qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista etc.), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente.⁴

Por fim, considerada como tal, ou seja, como ação, as condições indispensáveis ao regular exercício da ação de segurança, como as de qualquer outra ação, compreendem, sob o ponto de vista da legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio (artigo 17 do Novo Código de Processo Civil): a) legitimidade “ad causam”; e b) o interesse processual.

⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

4 OBJETO E HIPÓTESES DE CABIMENTO

O objeto do mandado de segurança possui um caráter residual, pois não sendo matéria própria de *habeas corpus* ou de *habeas data* será cabível a impetração do *wri of mandamus*.

Vejamos a lição lapidar de Hely Lopes Meirelles:

O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Este ato ou omissão poderá provir de autoridade de qualquer um dos três Poderes. Só não se admite mandado de segurança contra atos meramente normativos (lei em tese), contra coisa julgada e contra atos interna corporis de órgãos colegiados. E as razões são óbvias para essas restrições: as leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos, salvo quando proibitivos; a coisa julgada pode ser invalidada por ação rescisória (CPC, artigo 485) e os atos internas corporis, se realmente o forem não se sujeitam à correção judicial. Vê-se, portanto, que o objeto do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a tacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso com efeito suspensivo, capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.⁵

Vê-se, portanto, que, em regra, é cabível mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, salvo nas hipóteses que a própria lei o excepcione.

O artigo 5º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, assim dispõe:

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.

Estão acima elencadas as hipóteses de atos em face dos quais não se admite mandado de segurança. O legislador ordinário, desde 1936 (quando regulou, pela primeira vez, o processo de mandado de segurança), vem se preocupando em restringir o uso do *mandamus*, colocando fora do seu alcance determinados atos.

⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

A maior parte dessas limitações está contida no dispositivo legal acima referido, porém, há outras implicitamente referidas que podem traduzir um veto à utilização do mandado de segurança sobre as quais, inclusive, a doutrina e a jurisprudência têm se debruçado e que será mais bem analisada quando falarmos do interesse processual.

4.1 MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO E PREVENTIVO

Analisado sob o ângulo dos efeitos que produz em relação ao ato ilegal da autoridade, o mandado de segurança pode ser: a) repressivo ou b) preventivo.

No primeiro caso, destina-se a corrigir ilegalidade e, com isso, restaurar o direito lesado; no segundo, como o próprio nome sugere, procura evitar a concretização de lesão ao direito subjetivo do impetrante.

Confira-se a redação do artigo 1º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que assim dispõe:

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.

Via de regra, o mandado de segurança tem caráter repressivo, isto é, o impetrante vai a juízo devido a uma violação, já consumada, a direito seu. Para que ele possa se valer do mandado de segurança preventivo, é necessário que demonstre, nos termos da lei, o “justo receio” de sofrer tal violação.

Assim, o mandado de segurança não serve apenas para a correção de atos ilegais já consumados, podendo ser utilizado também nos casos em que exista tão somente uma ameaça de concretização da ilegalidade.

Veja-se que a existência de mandado de segurança preventivo é evidente pela locução “houver justo receio de sofrê-la”, constante no *caput* do referido dispositivo legal; portanto, o mandado de segurança preventivo é aquele impetrado sempre que ficar caracterizada uma ameaça ao direito do impetrante, e a jurisprudência exige que tal ameaça seja efetiva, para que enseje a proteção.

O pressuposto necessário à impetração do mandado de segurança preventivo não é, portanto, subjetivo, apesar do que a expressão “justo receio” possa sugerir; o que importa não é o temor do impetrante de que o ato lesivo venha a concretizar-se, mas a possibilidade de demonstração objetiva da ameaça.

O mero temor, por si só, de que a administração vá praticar determinado ato não justifica a impetração do mandado de segurança preventivo.

É necessário, portanto, que o impetrante traga à apreciação do juiz, a fim de demonstrar o justo receio, indícios de que o ato ilegal está realmente na iminência de concretizar-se.

Essa restrição, por assim dizer, ao uso mandado de segurança preventivo encontra sua razão de ser no fato de que ele não pode representar um instrumento ao impetrante para resguardá-lo de quaisquer ameaças futuras ainda não passíveis de constatação.

A função do mandado de segurança é corrigir ou prevenir uma atuação ilegal específica do Poder Público, e não conceder um comando geral que venha a abarcar todas as possibilidades futuras de lesão ao direito do impetrante.

Não demonstrado o justo receio no mandado de segurança preventivo, será o impetrante carecedor de ação por falta de interesse de agir, devendo o feito ser extinto, sem resolução de mérito.

4.2 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

No direito pátrio é fortemente controversa a questão do mandado de segurança contra ato judicial.

As controvérsias a respeito começaram logo após o surgimento do instituto, na Constituição de 1934. Alguns magistrados não admitiam que a decisão judicial fosse impugnada através de mandado de segurança, outros entendiam haver tal possibilidade, mas com grandes restrições, e ainda outros permitiam a sua utilização de forma ampla.

A Lei nº 1.533/51 estabeleceu em seu art. 5º, inciso II, o seguinte:

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

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção.

Dessa maneira, entendia-se não ser cabível o mandado de segurança quando a parte pudesse interpor o recurso correspondente, previsto na legislação processual, e quando o ato jurisdicional pudesse ser modificado através de correção.

O tratamento dado pela lei à matéria, contudo, não foi capaz de eliminar as divergências em torno dela, permanecendo a discussão relativa à possibilidade de utilização da medida contra atos sujeitos a recurso para o qual não era previsto o efeito suspensivo.

Igualmente, a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal (STF) assim dispõe:

SÚMULA 267 (STF). NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO OU CORREÇÃO.

O rigor dessa súmula, porém foi abrandado pela mesma corte que a editou, sendo emblemático o julgamento proferido no Recurso Extraordinário 76.909/RS, realizado em 05/12/1973.

No referido acórdão, sedimentou-se o entendimento no sentido de que a possibilidade de mandado de segurança contra ato judicial dependia da inexistência de recurso dotado de efeito suspensivo e da possibilidade de ser causado um dano irreparável ao impetrante.

Hoje, diante do atual quadro constitucional, resta clara a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra atos emanados do Poder Judiciário, já que a Constituição fez referência aos atos de autoridade pública como autorizadores da medida, não

excepcionando as autoridades judiciárias. Portanto, não existindo essa restrição no texto constitucional, conclusão diversa da possibilidade de admissão implicaria em uma inaceitável mutilação do instituto, mormente considerando o seu caráter de garantia fundamental. Há, contudo, limitações legais e jurisprudenciais à utilização do remédio nesse âmbito.

A primeira delas está no inciso II do art. 5º da Lei nº 12.016/09, que assim dispõe:

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

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

Essa restrição tem o claro propósito de impedir que a utilização desenfreada do mandado de segurança venha a subverter o sistema recursal da legislação processual pátria.

Como assinala Arruda Alvim, “o meio ‘normal’ de se impugnar as decisões judiciais são os recursos e admitir-se o uso do mandado de segurança contra os atos do juiz, de forma absolutamente indiscriminada faria desmontar todo o sistema recursal, tornando-o inócuo.”⁶.

E, da leitura a *contrario sensu* do mencionado dispositivo, pode-se depreender que, quando não houver previsão legal para a concessão de efeito suspensivo ao recurso, ou, ainda, quando o ato judicial impugnado for irrecorrível, o remédio poderá ser utilizado, já que não há a possibilidade de impedir, pela via recursal, a lesão ao direito da parte.

Em resumo, pode-se inferir que toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pela utilização do próprio sistema recursal, interpretando-o de forma tal que ele, por si próprio, independentemente de qualquer outra medida, tenha aptidão para evitar a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação para o recorrente, e pela dinâmica do efeito suspensivo dos recursos, descabe o mandado de segurança contra ato judicial à minguada de interesse jurídico na impetração.

Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, toda vez que não se aceitar uma interpretação ampla suficiente das regras processuais para evitar uma dada situação de ameaça ou de lesão ao recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento.

⁶ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança e Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 68.

É necessário, obviamente, que estejam presentes os pressupostos para a impetração, vale dizer, o impetrante deve demonstrar que a autoridade judiciária agiu de forma ilegal ou abusiva e, com isso, acabou por ofender direito líquido e certo de sua titularidade.

Saliente-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem sendo especialmente rigorosa na admissão do mandado de segurança contra ato judicial, na tentativa de não banalizar o seu uso.

Nos dias atuais, caiu em certo desuso o emprego do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso, certamente em razão das reformas à legislação processual que ampliaram as possibilidades de sua concessão, embora as recentes alterações na sistemática do agravo de instrumento pela Lei nº 11.187/05, dentre as quais está a irrecurribilidade da decisão do relator que atribui ou deixa de atribuir efeito suspensivo ao recurso, tenham criado uma nova situação que, em tese, ensejaria o cabimento do mandado de segurança.

Ao lado da hipótese da decisão judicial sujeita a recurso com efeito suspensivo, a Lei nº 12.016/09 estabelece em seu art. 5º, inciso III, que não cabe mandado de segurança contra a coisa julgada.

Confira-se a redação do referido artigo:

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

III - de decisão judicial transitada em julgado.

A restrição ao mandado de segurança nesse caso encontra seu fundamento no fato de que a coisa julgada somente pode ser atacada por meio de ação rescisória. Ou seja, a lei processual prevê um meio específico para o ataque às decisões judiciais transitadas em julgado.

Aliás, nesse aspecto a matéria já estava consolidada na jurisprudência através da Súmula 268 do Supremo Tribunal Federal (STF) que assim dispõe:

SÚMULA 268 (STF). NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO.

Por fim, cumpre salientar que os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário não possuem a mesma natureza dos atos jurisdicionais e estão, pacificamente, sujeitos à impetração de mandado de segurança.

5 PROVIMENTO MANDAMENTAL

Muito ainda se discute sobre qual espécie de ação o *mandamus* pertence.

Para parte da doutrina o mandado de segurança é sempre executório, cujo caráter está implícito na própria denominação. Para outra parte, o mandado de segurança teria caráter apenas declaratório.

Para outra parte, ainda, não se pode atribuir ao *mandamus*, sempre e necessariamente, caráter executório, porquanto ele pode se destinar, muitas vezes, à consecução de um provimento jurisdicional declaratório ou constitutivo, desprovido de execução forçada, pois a expedição do mandado é efeito secundário da sentença.

Assim, a ação de segurança seria de cognição restrita e poderia compreender as espécies declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o pedido formulado ou a natureza do provimento jurisdicional que se pretende obter.

De outro giro, hoje está consolidado, embora não de forma unânime, o entendimento que atribuiu ao mandado de segurança o caráter mandamental.

A terminologia “sentença mandamental” foi utilizada no Brasil, pela primeira vez, por Pontes de Miranda na obra “Comentários ao Código de Processo Civil” em 1939. Todavia, foi Georg Kuttner, na Alemanha, que desenvolveu o estudo precursor acerca da nova categoria de sentenças, aceita, dentre outros, por Goldschmidt. O processualista alemão pretendeu com seus estudos investigar os efeitos produzidos por aquelas em face de outros órgãos estatais.

Ao buscar respostas para qual seria a significação dos juízos civis para outros órgãos do Estado, Kuttner defrontou-se com a dificuldade de fazer condizer tais efeitos com uma das espécies de sentenças já consagradas. Porém, entendeu que não poderia vislumbrar a sobrepujante eficácia declaratória, constitutiva ou condenatória como universo daqueles efeitos.

Ante a impossibilidade de inserir a categoria que representasse aquelas características nas já existentes, o que para ele seria ilógico, optou por criar uma quarta classe. Muito embora entendesse a condenação, concepção ainda hoje dominante na Alemanha, como ordem, distinguiu sua quarta categoria em razão dos destinatários daquela ordem.

Na condenação, a ordem dirigia-se ao réu vencido, no que se diferia da quarta categoria, cuja ordem se endereçava a outro órgão estatal. Portanto, para o mentor da nova classe de sentenças, a ordem era proferida em face de outrem que não fora parte no processo.

O mestre Pontes de Miranda rejeitou os traços relativos ao fato de a ordem ter de ser dirigida a órgão público e a estranho ao processo. Ele adotou conceito muito mais amplo para as sentenças mandamentais, a começar pela adoção deste *nomen iuris*, registre-se, diverso do empregado na Alemanha.

Adotando como premissa a preponderância dos efeitos da sentença para a classificação destas, Pontes de Miranda qualificou como sentença mandamental aquela cuja eficácia consistia em o juiz determinar a alguém o cumprimento imediato de seu mandado.

Dessa maneira, para o eminente processualista, estão incluídas na classe das sentenças mandamentais, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação de manutenção de posse, o interdito proibitório, os embargos de terceiro e outras, inclusive cautelares.

6 PRESSUPOSTOS

Inicialmente, convém lembrar que condições da ação e pressupostos processuais não se confundem; enquanto aquelas se referem ao exercício do direito público subjetivo de impetrar a tutela jurisdicional do Estado, estes se ligam à relação jurídica processual.

No que tange ao processo de mandado de segurança, os seus pressupostos básicos compreendem: a) o direito líquido e certo; b) a ilegalidade ou abuso de poder; e c) o ato de autoridade.

6.1 DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A expressão “direito líquido e certo” muito antes de ser incorporada aos textos normativos, já havia sido apropriada pela doutrina e pela jurisprudência, apesar da grande dificuldade para precisar o seu sentido.

Segundo Alexandre de Moraes, o direito líquido e certo “é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documentação inequívoca”.⁷

Em sede de mandado de segurança, por conseguinte será *líquido e certo* o direito que decorra de um fato inequívoco, cuja existência possa ser plenamente comprovada de plano, em regra, mediante documentos acostados à petição inicial.

Se a demonstração do fato reclamar o uso de outros meios de prova, tais como testemunhal ou pericial, por exemplo, o direito subjetivo que vier a ser reconhecido não estará revestido dos atributos de liquidez e certeza e, em razão disso, não ensejará a sua tutela pelo mandado de segurança, mas por outra via.

⁷MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2007. p.149.

Desse modo, o mandado de segurança não prospera em alegações carentes de comprovação, até porque, seu rito tem por característica a celeridade.

A proteção emanada pelo mandado de segurança não é irrestrita a qualquer direito prejudicado. Por esse fato a medida pede que seja, o direito *certo e incontestável*.

A primeira interpretação sobre os requisitos do instituto foi considerar como direito líquido e certo “todo o direito que fosse evidente, insuscetível de impugnação e cuja procedência não pudesse deixar de ser reconhecida.”⁸ A exigência recaía sobre os evidentes suportes fáticos apresentados no pedido, bem com no conteúdo da norma que autorizava a procedência da medida.

Portanto, o titular do direito líquido e certo seria aquele impetrante que demonstrasse formalmente o “comando legal, este mesmo isento de dúvida, como também a sua efetiva subsunção à norma abstratamente considerada, pela implementação em seu prole dos pressupostos legais.”⁹

Conjuga-se dois elementos para a obtenção do mandado, o primeiro, em relação a situação fática violada que se deve enquadrar na hipóteses da lei, o segundo, no próprio conteúdo pertencente a norma, legítima a produzir seus efeitos.

Dessa maneira, a comprovação dos elementos fáticos em que o autor funda a sua pretensão é condição de admissibilidade do conhecimento da ação e, ao contrário do que muitos pensam, não figura como condição para o deferimento ou concessão do provimento de segurança.

Apresentando-se o direito líquido e certo em juízo, este justificará a análise do mérito da causa. Entretanto, o mandado de segurança não se presta a amparar a mera expectativa de direito e nem é instrumento que dependa de produção de prova e, com isso, não possa ser reconhecido de imediato.

6.2 ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

⁸BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. p.246.

⁹*Idem*

O princípio da legalidade está inscrito no artigo 5º, II, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Assim, se o ato de autoridade pública for contrário à lei e implicar lesão ou ameaça a direito líquido e certo do indivíduo ou da coletividade, aberta estará a via para impugnação desse ato pelo mandado de segurança.

Convém lembrar, no que tange à administração pública, esta se encontra subordinada aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como declara o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Isso implica dizer que a administração pública só pode realizar atos autorizados por lei.

Assim, de modo geral, segundo José da Silva Pacheco, para efeitos de mandado de segurança, estará caracterizada a ilegalidade do ato quando:

a) houver lei que proíba a sua realização, ou a determine; b) inexistir lei que atribua a competência para praticá-lo ou haja dever de praticá-lo; c) contrariar lei expressa, regulamento ou princípio de direito público; d) desrespeitar os princípios ou as normas constantes no artigo 37 da Constituição e outros, consagrados pelo direito; e) não estiver incluído nas atribuições legais do agente, ou, estando incluído, houver omissão; f) existir usurpações de funções, abuso de funções ou invasão de funções; g) houver vício de competência, de forma, objeto, motivo ou finalidade; h) estiver em desacordo com a norma legal ou decorrer de norma ilegal ou inconstitucional.¹⁰

Os poderes de que a administração pública se encontra legalmente provida classificam-se em poderes vinculados e poderes discricionários.

Poderes vinculados são aqueles atribuídos por lei, com determinação da competência, da finalidade e dos requisitos indispensáveis à sua regular formalização.

De outro giro, poderes discricionários são aqueles que embora também provenham da lei, de forma implícita ou explícita, são concedidos para a prática de atos com certa liberdade de escolha quanto à conveniência, oportunidade e conteúdo.

¹⁰PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. V.51.

Discricionariedade não se confunde, contudo, com arbitrariedade. Discricionariedade se traduz na liberdade de ação administrativa dentro dos limites fixados em lei. Arbitrariedade, por sua vez, consiste numa atuação contrária à lei, ou com a extrapolação dos limites por ela estabelecidos.

A administração pública e o seus agentes estão adstritos rigidamente ao império da lei. Assim, sempre que o poder for exercido em desacordo com ordenamento jurídico ou com os princípios inerentes à administração pública haverá abuso a desafiar a impetração do mandado de segurança.

O abuso de poder se caracteriza quando a autoridade competente excede aos limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, ainda que competente para realizar o ato, exorbita dessa competência e, com isso, invalida o ato, pois lhe é defeso agir além dos limites estabelecidos por lei.

O desvio de poder (ou de finalidade) ocorre quando a autoridade, mesmo agindo dentro dos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos estabelecidos pela lei ou exigidos pelo interesse público.

Assim o **abuso de poder** é o **gênero** dos quais o **excesso de poder** e o **desvio de poder** são as **espécies**.

6.3 ATO DE AUTORIDADE

Quanto a este pressuposto, o Mestre Hely Lopes Meirelles ensina que:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples

atos executórios e, por isso, não está sujeito ao mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução. Para fins de mandado de segurança, contudo, consideram-se atos de autoridade não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas, como também os praticados por representantes ou órgãos de partidos políticos; administradores de entidades autárquicas; e, ainda, os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/09). Não cabe, todavia, a impetração contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público (art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.016/09). Não se consideram, tampouco, atos de autoridade passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares cuja atividade seja apenas autorizada pelo Poder Público, como são as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, salvo quando desempenham atividade delegada (STF, Súmula n. 510). Equiparam-se a atos de autoridade pública as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte, ensejando a impetração de mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante e, durante a inércia da autoridade pública, não corre o prazo de decadência para a impetração. Os atos judiciais não transitados em julgado – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante e, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 12.016/09, desde que contra os mesmos não caiba recurso com efeito suspensivo. Também os atos administrativos praticados por magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se à correção por via do *mandamus*. O rigor da Súmula n. 267 do STF, que não admitia mandado de segurança contra ato judicial, já fora mitigado pela própria Corte, no teor deste acórdão: “O STF tem abrandado a rigidez do entendimento jurisprudencial inscrito na Súmula n. 267 para permitir o conhecimento de ação de segurança impugnadora de decisão jurisdicional que, impugnável por meio de recurso devolutivo, seja causadora de dano irreparável ao impetrante da medida”. Ao atos praticados por parlamentares na elaboração de lei, na votação de proposições ou na administração do Legislativo entram na categoria de atos de autoridade e expõem-se a mandado de segurança, desde que infrinjam a Constituição ou as normas regimentais da Corporação e ofendam direitos ou prerrogativas do impetrante. No entanto, não se sujeitam à correção judicial a lei regularmente votada e promulgada, bem como os atos interna corporis do Legislativo, que são aquelas deliberações do Plenário, das Comissões ou da Mesa que entendem direta e exclusivamente com atribuições e prerrogativas da Corporação. Daí não se conclua, entretanto, que todo e qualquer ato desses órgãos constitua interna corporis dedado à apreciação judicial. Não é assim, pois atos e deliberações do Legislativo existem regrados pela Constituição, pela lei e pelo Regimento e, nestes casos, pode – e deve – o Judiciário decidir sobre sua legitimidade.¹¹

¹¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30/33.

7 CONDIÇÕES DA AÇÃO

O mandado de segurança, como possui natureza de ação, está sujeito às condições indispensáveis ao seu regular exercício, assim como quaisquer outras ações estão.

Assim, conforme já dito, compreendem, sob o ponto de vista da legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio (artigo 17 do Novo Código de Processo Civil): a) legitimidade “ad causam”; e b) o interesse processual.

Antes de adentrar nas questões específicas da legitimidade ativa e passiva no mandado de segurança, convém destacar a lapidar definição de Alfredo Buzaid a respeito do que seja a legitimidade de parte no processo civil:

A legitimidade de parte é a pertinência subjetiva da ação relativamente à lide deduzida no processo, isto é, a idoneidade de agir e responder desde a propositura da ação até o trânsito em julgado da decisão que prestou a tutela jurisdicional e, quando for o caso, a execução de sentença e o emprego de medida cautelar. A identidade entre as partes e o direito, do qual se discute a incerteza, a ameaça ou a violação, determina normalmente a legitimidade ordinária (CPC, art. 3.º); mas pode ocorrer excepcionalmente que alguém pleiteie, em nome próprio, direito alheio (CPC, art. 6.º). A esta espécie de legitimidade *ad causam* se cognomina substituição processual.¹²

7.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA

Possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança todo aquele que tiver sua esfera jurídica atingida pelo ato coator. Não são só as pessoas físicas e jurídicas podem valer-se do mandado de segurança; ele também pode ser utilizado por entes despersonalizados, tanto públicos quanto privados. A personalidade judiciária (capacidade para estar em juízo) é mais ampla que a personalidade jurídica (capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações). A propósito, a admirável síntese formulada por José Cretella Júnior:

Em suma, no Brasil, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança todo e qualquer titular de direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, a saber, as “pessoas físicas”, sejam nacionais ou

¹²BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 166.

estrangeiras, residentes no País ou não; as “pessoas jurídicas de direito privado”; as “pessoas jurídicas de direito público”; as “entidades com capacidade processual”, embora destituídas de personalidade jurídica, tais como, as heranças jacentes, as massas falidas, os consórcios, os condomínios em edifícios, as Câmaras Municipais, os Tribunais de Contas, as Assembleias Legislativas, o Senado, os órgãos estatais de qualquer natureza.¹³

O § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016/09 estabelece que “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.” Ou seja, quando o ato vier a afetar a esfera jurídica de diversas pessoas, qualquer delas poderá requerer a correção judicial, independentemente das demais. A redação desse dispositivo é idêntica à do art. 1º, § 2º da Lei nº 1.533/51, a antiga lei do mandado de segurança.

Há também o caso bastante peculiar do art. 3º da Lei nº 12.016/09, que assim dispõe:

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.

Mostra-se, de fato, muito curiosa essa hipótese; é claramente uma exceção à regra de que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio.

Não é, contudo, novidade, pois o art. 3º da Lei nº 1.533/51 já previa essa possibilidade. Confira-se:

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, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.

Trata-se, portanto, de uma hipótese de substituição processual. Essa possibilidade, nos termos do já citado parágrafo único do art. 3º, depende da observância do prazo de cento e vinte dias para a impetração.

Embora não faça parte da abordagem deste estudo, não é demais mencionar que o mandado de segurança coletivo possui legitimação especial: de acordo com o inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, esse remédio pode ser impetrado por “partido político com

¹³CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 123.

representação no Congresso Nacional” e por “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”.

A inovação representada pelo mandado de segurança coletivo pôs fim a uma antiga discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de entidades de classe impetrarem mandado de segurança para a defesa de direitos de seus filiados.

7.2 LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Ao tratar da legitimidade passiva, deparamo-nos com uma dificuldade inicial: determinar quem é o ocupante do polo passivo da ação de mandado de segurança, se a autoridade coatora ou a pessoa jurídica cujos quadros ela integra.

Há fortes divergências na doutrina a respeito, ilustradas, a seguir, com as opiniões díspares de dois grandes autores.

Hely Lopes Meirelles assim conceitua:

O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. A entidade interessada deve ingressar no mandado dentro do prazo para as informações, como litisconsorte do impetrado (art. 7º, inc.II, da Lei nº 12.016/09)¹⁴

Já Celso Agrícola Barbi assim expõe:

a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem “capacidade de ser parte” do nosso direito processual civil.¹⁵

Com efeito, a autoridade coatora apenas representa a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada, e mesmo assim apenas no primeiro grau de jurisdição.

A legitimidade recursal no mandado de segurança pertence à pessoa jurídica de direito público, muito embora o art. 14, § 2º da Lei nº 12.016/09 tenha dado ao coator a

¹⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 62/63.

¹⁵BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 141.

possibilidade de interpor recurso em seu próprio nome, o que, segundo Marinoni e Arenhart, “só será cabível se ele demonstrar prejuízo para si”.¹⁶.

Assim, parece-nos que razão assiste razão ao último autor; porém tal entendimento acaba tornando-se problemático quando cotejado com a previsão do art. 7º, inciso II da Lei nº 12.016/0991 acerca da possibilidade da pessoa jurídica de direito público ingressar no feito como litisconsorte da autoridade impetrada.

O artigo art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09, assim dispõe:

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

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;

Trata-se de uma inovação da atual legislação, pois não existia nenhum dispositivo correspondente na Lei nº 1.533/51.

7.3 INTERESSE PROCESSUAL OU INTERESSE DE AGIR

Quanto à terceira condição da ação, o interesse de agir, também chamado de interesse processual – que, nas palavras de Celso Agrícola Barbi, “consiste na ‘necessidade’ de usar dos meios jurisdicionais para obter a atuação da vontade da lei, pois sem esse recurso haveria dano para o autor”¹⁷ -, não há grandes diferenças entre o mandado de segurança e as ações em geral.

É exigido, em todos os casos, que o impetrante, no caso do mandado de segurança, demonstre a necessidade de obtenção do pronunciamento judicial relativamente à sua pretensão.

Existem, contudo, alguns casos específicos bastante relevantes que envolvem o interesse de agir no mandado de segurança.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67.

Um deles é o do não cabimento da medida quando se tratar de ato sujeito a recurso administrativo dotado de efeito suspensivo, independente de caução, e de decisão judicial igualmente sujeita a recurso com efeito suspensivo (art. 5º, I e II da Lei nº 12.016/09).

Vale lembrar a dicção do art. 5º, I, II e III da Lei nº 12.016/09:

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.

Poder-se-ia objetar que essa vedação vai de encontro ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Todavia, tanto em uma quanto na outra hipótese, o que há é, na verdade, uma restrição baseada no interesse de agir, pois enquanto a questão puder ser resolvida através de recurso administrativo ou por meio do recurso cabível na esfera judicial, ambos com efeito suspensivo, não há a necessidade de utilização da via do mandado de segurança para a sua discussão.

Trata-se de uma simples regulamentação da garantia constitucional, que não atenta contra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Outra hipótese interessante é a do interesse de agir no mandado de segurança preventivo. Para justificar a necessidade de uma atuação do Poder Judiciário – estamos, portanto, no campo do interesse de agir –, deve o impetrante demonstrar, por meio de circunstâncias objetivas, a iminência da prática do ato que considera ilegal.

Será ele carecedor de interesse processual se ficar limitado à exposição de um simples temor subjetivo de que o ato venha a concretizar-se.

Para Celso Agrícola Barbi, a ameaça deve ser “objetiva e atual”, e, não se verificando algum desses requisitos, será “inábil para causar a modalidade de receio que a legislação exige para justificar o ingresso em juízo.”¹⁸.

¹⁸BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 75.

8 PROCESSUALÍSTICA NO MANDADO DE SEGURANÇA

Entramos agora no capítulo mais extenso deste trabalho, dedicado à análise do procedimento no mandado de segurança, que é bastante singular. Começaremos pela questão – extremamente controversa – do prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração da medida.

8.1 PRAZO PARA A IMPETRAÇÃO

O art. 23 da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.” Esse dispositivo limitou-se a repetir a redação conferida ao art. 18 da Lei nº 1.533/51.

Estabeleceu-se há muito tempo uma enorme controvérsia acerca da constitucionalidade de tal limitação por lei ordinária. Com efeito, não há na Constituição qualquer alusão a prazo para requerer a segurança, e a sua fixação pela legislação infraconstitucional representa um obstáculo não previsto constitucionalmente à sua utilização, o que claramente vai de encontro à concepção do mandado de segurança como garantia fundamental, que deve ser tratada de modo a conferir-lhe a maior eficácia possível.

Cassio Scarpinella Bueno também reconhece a inconstitucionalidade da norma fixadora de prazo decadencial para a impetração:

Como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, limitar o exercício do mandado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua inconstitucionalidade. A previsão do mandado de segurança como direito e garantia individual e coletivo não aceita, máxime diante do que se extrai do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais.¹⁹

¹⁹BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 184.

A ideia da inconstitucionalidade dessa limitação é reforçada pelo fato de que a legislação infraconstitucional não prevê qualquer espécie de prazo para a impetração do habeas corpus, que é, com toda certeza, o instituto mais próximo ao mandado de segurança em nosso direito. Não há motivo plausível para que uma garantia seja seriamente restringida, através da fixação de prazo, enquanto a outra, não.

A questão, contudo, acabou por ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da norma fixadora do prazo, através da Súmula nº 632, editada ainda na vigência da Lei nº 1.533/51. Confira-se:

SÚMULA 632 (STF). É CONSTITUCIONAL LEI QUE FIXA O PRAZO DE DECADÊNCIA PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Entendeu o Pretório Excelso tratar-se de uma mera conformação da garantia constitucional pela lei ordinária, ou seja, o simples desenho do perfil do mandado de segurança no plano infraconstitucional, já que à Constituição não foi possível mencionar todas as suas peculiaridades.

Apesar da pacificação da matéria, Marinoni e Arenhart assinalam ser “altamente questionável a solução dada pela Suprema Corte, porque dificilmente se pode enxergar aí mera conformação do direito constitucional por normas infraconstitucionais.”²⁰

Superada a questão atinente à constitucionalidade, passamos à análise das características desse prazo.

De acordo com o entendimento consolidado na própria Súmula 632 do STF, o aludido prazo é decadencial, ou seja, transcorridos os cento e vinte dias opera-se a extinção do próprio direito à impetração do mandado de segurança.

Nas palavras de Celso Agrícola Barbi, o prazo para requerer a medida “tem em vista a forma processual e não a relação jurídica substancial; por isso, não é considerado pela doutrina, acertadamente, como prazo de prescrição, mas sim como de decadência, insuscetível, portanto, de interrupção ou suspensão.”²¹

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242.

²¹ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 153.

Observar, como fez o referido mestre, que o prazo se refere à forma processual e não à relação jurídica substancial equivale a dizer que o escoamento desse prazo atinge o direito ao mandado de segurança, ou seja, perde-se apenas a possibilidade de utilização da via especial, e não o próprio direito material, que ainda poderá ser buscado por outros meios, especialmente a ação ordinária.

Conta-se o prazo a partir da ciência, pelo interessado, do ato impugnado – vale dizer, a partir do momento em que se deu publicidade ao ato, seja por publicação, seja por notificação individual. Note-se, ainda, que o mesmo após a entrada em vigor do NOVO CPC (Lei nº 13.105/2015), esse prazo se conta em dias corridos e não em dias úteis, como poderia se imaginar diante da nova maneira de contagem de prazos prevista pela nova legislação processual civil.

Feita essa observação, à primeira vista, o problema pode parecer de fácil solução, mas há alguns casos especiais que pedem um olhar mais atento.

O primeiro deles é o do mandado de segurança preventivo. Nesse caso, não se inicia a contagem do prazo decadencial para a impetração, já que o ato impugnado ainda não se materializou e seria impossível determinar-se o momento em que o impetrante sentiu o justo receio de ver o seu direito líquido e certo violado, ou ameaçado, pela ação ou omissão da autoridade.

Igualmente, se houver a possibilidade de interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo, o prazo não correrá enquanto a parte não for intimada do julgamento do recurso, pois até lá o ato coator terá seus efeitos obstados (lembramos que existe vedação legal à impetração de mandado de segurança na pendência de recurso administrativo dotado de efeito suspensivo).

Por outro lado, renunciando a parte à interposição do recurso administrativo, a data em que seu prazo se esgotou marca o início do prazo para requerer mandado de segurança. Além disso, o referido prazo não é interrompido por eventual pedido de reconsideração na esfera administrativa, nos termos da Súmula nº 430 do STF que assim dispõe:

SÚMULA 430 (STF) - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA NÃO INTERROMPE O PRAZO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA.

Sobre a hipótese dos atos de trato sucessivo, observa Alfredo Buzaid: “cada qual é considerado autonomamente para o efeito de fixação do prazo para impetração de mandado de segurança.”²².

Significa dizer que o prazo se renova a cada vez que o ato for praticado. Esse raciocínio é aplicável também aos atos omissivos: é, atualmente, pacífico o entendimento no sentido de que, em se tratando de omissão da autoridade, o prazo decadencial de cento e vinte dias começa a correr a partir do momento em que se esgotou o prazo legal estabelecido para a autoridade impetrada praticar o ato cuja omissão se ataca; porém, quando se tratar de ato omissivo continuado, renova-se o prazo a cada nova omissão.

8.2 COMPETÊNCIA

Regra geral, a competência para o julgamento do mandado de segurança decorre da qualificação da autoridade coatora, e não da natureza da questão levada a juízo.

Significa dizer que deve, ao menos em princípio, ser considerada, para fins de determinação da competência, a função exercida pela autoridade que praticou o ato impugnado, e não as características do próprio ato.

Ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar os mandados de segurança “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”, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “d” da CRFB.

Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar os mandados de segurança “contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal”, nos termos do art. 105, inciso I, alínea “b” da CRFB.

Aos Tribunais Regionais Federais compete processar e julgar os mandados de segurança “contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”, nos termos do art. 108, inciso I,

²² BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 162.

álnea “c” da CRFB, enquanto aos juízes federais compete processar e julgar os mandados de segurança “contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais”, nos termos do art. 109, inciso VIII da CRFB.

No que tange à competência da Justiça Federal, o art. 2º da Lei nº 12.016/09 possui uma regra específica:

Artigo 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.

Essa disposição legal constitui uma exceção à regra da definição da competência com base na categoria da autoridade e não na natureza do ato.

No que tange à competência dos Tribunais de Justiça dos estados e dos juízes de direito, a CRFB não estabeleceu nenhuma regra específica, remetendo, em seu art. 125, § 1º, a regulamentação da questão às constituições estaduais.

Portanto, cada um dos estados federados possui as suas próprias regras de competência para o julgamento dos mandados de segurança impetrados em face de atos praticados por autoridades estaduais.

Pode-se, contudo, afirmar que será sempre dos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento dos mandados de segurança contra os juízes de direito (já que a competência no mandado de segurança contra ato judicial segue a competência recursal) e contra seus próprios atos (art. 21, inciso VI da Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Não sendo hipótese de impetração perante o Tribunal de Justiça, a competência irá recair sobre o juízo de primeiro grau.

Nesse caso, no que tange à questão territorial, “será competente o juízo do local da sede da autoridade coatora.”²³. Deve-se, ainda, atentar para a existência de varas privativas nas comarcas.

Por fim, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral detêm competência para o julgamento dos mandados de segurança que envolvam matéria trabalhista e matéria eleitoral, respectivamente.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 248.

8.3 PARTES

Dá-se o nome de “impetrante” à parte que promove o ajuizamento da ação de mandado de segurança e de “impetrado” à autoridade responsável pela prática do ato impugnado. O Ministério Público atua no processo na condição de *custos legis*.

No que tange à figura do impetrante, já analisamos as suas características quando tratamos, no capítulo 7, subitem 7.1, da questão da legitimação ativa. Por essa razão, limitamo-nos a remeter para lá o leitor.

Da mesma forma, no tocante ao impetrado, já tivemos a oportunidade de analisar, no capítulo 7, subitem 7.2, os diferentes pontos de vista acerca do problema do ocupante do polo passivo no mandado de segurança.

Resta a análise da questão relativa à possibilidade de formação de litisconsórcio no mandado de segurança, tanto ativo quanto passivo.

Tal possibilidade encontra-se fora de dúvida, pois expressamente prevista pelo art. 24 da Lei nº 12.016/09, que assim estabelece:

Artigo 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.

Os mencionados artigos do antigo Código de Processo Civil (CPC) são os que tratam do litisconsórcio.

Assim, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), aplicam ao mandado de segurança os artigos 113 a 118 do referido diploma legal.

Ao estabelecer a possibilidade de impetração de mandado de segurança por qualquer das pessoas atingidas pelo ato coator, individualmente ou em conjunto, o § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016/09 reforça a ideia da viabilidade de formação de litisconsórcio ativo facultativo nesse tipo de ação.

Deve-se, contudo, atentar para o disposto no § 2º do art. 10 da referida lei quanto à formação de litisconsórcio ulterior: “O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.”

No que tange ao litisconsórcio passivo, a própria Lei nº 12.016/09 faz referência, em seu art. 7º, inciso II, à formação de litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada. Confira-se:

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

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;

Outra questão importante é que quando o ato coator produzir efeitos em relação a terceiros, que por ele são beneficiados, há litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade impetrada e os beneficiários do ato impugnado.

A necessidade de presença do beneficiário do ato coator no polo passivo do mandado de segurança é questão já superada na jurisprudência, e o processo deve ser extinto se não promovida sua citação em tempo hábil, conforme prevê a Súmula nº 631, STF:

SÚMULA 631 (STF) - EXTINGUE-SE O PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA SE O IMPETRANTE NÃO PROMOVE, NO PRAZO ASSINADO, A CITAÇÃO DO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO.

Isso também se aplica ao mandado de segurança contra ato judicial, relativamente à parte adversa na demanda que originou a impetração, já que, aqui, a Administração Pública não tem, na realidade, nenhum interesse no desfecho da questão, sendo que o verdadeiro interessado nesse caso é a outra parte na demanda onde foi proferido o despacho impugnado.

Concernente à intervenção de terceiros, a opinião dominante é no sentido de não ser cabível a assistência no mandado de segurança, já que a lei não fez qualquer referência a essa possibilidade, aludindo tão somente ao litisconsórcio.

8.4 PETIÇÃO INICIAL

Assim estabelece o art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/09:

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.

Ao determinar que a petição inicial “deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual”, o caput do art. 6º da Lei nº 12.016/09 está fazendo alusão aos artigos 282 e 283 do antigo CPC. Portanto, aplicam-se ao mandado de segurança os artigos 319 e 320 do Novo CPC (NCPC - Lei nº 13.105/2015).

Saliente-se que a peça deve, imprescindivelmente, ser subscrita por advogado legalmente habilitado; não há, no mandado de segurança, a atribuição da capacidade de postular em juízo à própria parte, como ocorre no caso do *habeas corpus*.

Além disso, quando a lei diz que a petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, claramente está pressupondo a ausência de litisconsortes passivos; se tal situação ocorrer, deverão ser apresentadas tantas vias quanto as que forem necessárias para a notificação dos litisconsortes.

Como já mencionado anteriormente, o rito do mandado de segurança não comporta dilação probatória, ao mesmo tempo em que admite apenas prova documental. Portanto, o impetrante tem o dever de agregar à petição inicial todos os documentos necessários à demonstração dos fatos alegados (liquidez e certeza do direito).

Contudo, se os documentos de valor probante estiverem em poder de repartição pública ou de autoridade que se recuse a fornecê-los, o juiz poderá determinar, mediante ofício, a sua exibição, no prazo de dez dias (art. 6º, § 1º, Lei nº 12.016/09); se a autoridade em questão for a mesma contra a qual se dirige a impetração, essa determinação irá constar do próprio instrumento de notificação (art. 6º, § 2º, Lei nº 12.016/09).

Quando houver urgência para a parte impetrante, aplica-se o disposto no art. 4º da Lei nº 12.016/09:

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 Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Se a petição inicial não estiver adequada, o juiz deve dar ao impetrante a possibilidade de suprir as suas falhas, no prazo de quinze dias (art. 321, NCPC).

Embora não haja qualquer previsão na Lei nº 12.016/09 sobre a emenda à inicial, já está consolidado o entendimento nesse sentido.

Enquadra-se aqui a indicação errônea da autoridade coatora (hipótese muito comum, face às dimensões da burocracia estatal): verificando o juiz que o impetrante indicou, na petição inicial, autoridade distinta da responsável pelo ato, deve oportunizar a retificação.

O julgador poderá, contudo, indeferir de plano a inicial quando constatar não ser caso de mandado de segurança, quando houver vício processual insanável ou quando tiver decorrido o prazo decadencial para a impetração.

Dessa decisão caberá apelação, salvo quando o mandado de segurança for de competência originária de um dos tribunais, cabendo, nesse caso, agravo para o órgão competente do tribunal respectivo.

Nesse sentido, o art. 10, caput e § 1º, da Lei nº 12.016/09:

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.

Se, por outro lado, a petição inicial estiver em termos, o juiz determinará a notificação da autoridade coatora, para que, no prazo de dez dias, preste as informações que tiver, bem como que se dê ciência do feito à pessoa jurídica de direito público, para possibilitar o seu ingresso no feito, nos termos do art. 7º, I e II, Lei nº 12.016/09:

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;

8.5 LIMINAR E SUSPENSÃO

Recebendo a inicial e verificando estarem preenchidos os seus requisitos, o juiz poderá também conceder liminar, a fim de suspender os efeitos do ato impugnado, se houver relevância nos fundamentos apresentados pelo impetrante e possibilidade de vir a tornar-se inócua a medida se deferida somente ao final, sendo-lhe facultado exigir garantias para tanto.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso III e §§ da Lei nº 12.016/09:

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

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

§ 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

Ao regulamentar a garantia constitucional, a Lei nº 12.016/09 expressamente previu a possibilidade de concessão de medida liminar para a proteção do direito do impetrante. Reputamos, aqui, dispensável adentrar no campo da eterna discussão que envolve as medidas cautelares e as medidas antecipatórias (ou satisfativas), já que a liminar no mandado de segurança pode ter as características de uma ou de outra, conforme o caso.

No que tange aos requisitos autorizadores da medida, a lei fala, *ipsis litteris*, em “fundamento relevante” e “ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”.

O primeiro requisito corresponde ao *fumus boni iuris*; o segundo, ao *periculum in mora*. Embora a lei tenha feito referência, impropriamente, à suspensão do ato impugnado, é evidente que, sendo a impetração dirigida contra omissão de autoridade, a liminar poderá consistir na imposição de uma conduta positiva, se os requisitos para a sua concessão estiverem preenchidos.

Ainda, é plenamente possível a liminar no mandado de segurança preventivo, observando-se apenas que, nesse caso, a medida terá o condão de antecipar a providência jurisdicional buscada pelo impetrante, qual seja, afastar o justo receio de que venha a ter seu direito violado por ato da autoridade contra a qual é dirigida a impetração. O objetivo, em última análise, consiste em evitar que a lesão temida pelo impetrante venha a concretizar-se no curso do mandado de segurança.

Nas palavras de Scarpinella Bueno,

o mandado de segurança preventivo, por sua própria natureza, assume feição cautelar (eis que, para ser preventivo, a lesão à afirmação de direito não pode ter, ainda, sido concretizada, mas ser, na letra da lei, ainda, um justo receio), é certo que, em se entendendo possível a concessão de liminar em ação de segurança proposta nestes termos, esta acabará por assumir, necessariamente, feição antecipatória do pedido do mandado de segurança. Para acautelar a situação fática exposta pelo impetrante em sua petição inicial o pedido que encerra esta mesma petição inicial deverá ser antecipado, sob pena de, quando proferido, ser ineficaz. Para acautelar uma dada situação, pois, antecipa-se, início litis, o provimento jurisdicional que, normalmente – não fossem situações excepcionais que justificam tal proceder – só

seria concedido após a realização de pleno contraditório, com a colheita das informações por parte da autoridade pública.²⁴

É facultado ao juiz, de acordo com a parte final do inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/09, exigir do impetrante a prestação de contracautela, como condição para o deferimento da liminar.

Há controvérsias acerca da constitucionalidade desse dispositivo; alguns defendem que ele violaria o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), dificultando ou mesmo inviabilizando o acesso à justiça. Contudo, não nos parece correta a tese da inconstitucionalidade dessa norma, mormente quando se considera que há um fundamento relevante para tal exigência, qual seja, garantir a possibilidade de reparação de prejuízos que possam ser causados pela concessão da liminar.

Nesse sentido, o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência da caução como condição para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, possa impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é sempre importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal -, decorre do art. 805 do Código de Processo Civil.²⁵

A medida, porém, deve ser usada com parcimônia, observando-se as circunstâncias do caso concreto, a fim de não inviabilizar a tutela do direito da parte.

O § 1º do art. 7º da Lei nº 12.016/09 determina que a decisão que concede ou denega a medida liminar é recorrível mediante agravo de instrumento.

Observe-se que, quando for caso de competência originária de um dos tribunais, a decisão liminar proferida pelo relator estará sujeita a agravo para o respectivo órgão do tribunal (art. 16, parágrafo único, Lei nº 12.016/09).

Nos termos do art. 7º, § 2º da Lei nº 12.016/09, estão fora da possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança “a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de

²⁴BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança: um Tema com Variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 359.

²⁵_____. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Tais restrições são de constitucionalidade extremamente duvidosa, por ser difícil compatibilizá-las com o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição.

De acordo com o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.” Ou seja, a lei expressamente prevê a possibilidade de revogação ou cassação da medida, ao mesmo tempo em que não fixa um limite temporal para a sua duração, referindo tão somente que seus efeitos continuarão a ser produzidos até a sentença.

Por outro lado, o art. 8º da Lei nº 12.016/09, assim dispõe:

Art. 8º. Será decretada a preempção 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.

Ou seja, a conduta do impetrante pode dar ensejo à cassação da liminar anteriormente concedida.

Cabe, ainda, fazer referência à Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual os efeitos da liminar cessam imediatamente quando houver sentença denegatória da segurança, o que vai ao encontro do disposto no art. 7º, § 3º da Lei nº 12.016/09.

Ao lado da possibilidade de interposição de recurso, é facultado, tanto à pessoa jurídica de direito público interessada quanto ao Ministério Público, requerer ao presidente do tribunal a suspensão da execução da medida liminar (e mesmo da sentença), “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, nos termos do art. 15 da Lei nº 12.016/09:

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.

O pedido de suspensão – que sequer se trata de um recurso – é uma medida *sui generis* garantida ao Poder Público para sustar os efeitos de decisão contrária aos seus interesses e é apenas mais uma na lista das normas protetivas dos interesses da Fazenda Pública presentes em nosso ordenamento jurídico, e diga-se, de constitucionalidade também duvidosa.

Quanto à inconstitucionalidade desse dispositivo, transcreveremos o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

Em oportunidades anteriores, destaquei o meu entendimento quanto a ser o pedido de suspensão inconstitucional. Dentre outras razões está o fato de ele atritar com o princípio da isonomia – da “paridade de armas” – ao prever à pessoa jurídica de direito público (e ao Ministério Público) mecanismo processual não disponibilizado ao impetrante e que tem aptidão para interferir diretamente no que é mais caro ao mandado de segurança, a produção imediata dos efeitos das decisões judiciais proferidas em prol do impetrante. Até porque, se é verdade que quando o instituto foi concebido pelo legislador brasileiro, o sistema processual civil era pouco claro quanto às possibilidades de a fase recursal desenvolver-se sob o manto do “dever-poder geral de cautela”, a observação não condiz à realidade normativa hoje vigente. Quando o “pedido de suspensão” é dirigido ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal, àquela crítica soma-se a circunstância de a Constituição Federal não ter previsto competência daqueles Tribunais para julgá-lo, o que contraria a interpretação dada por eles próprios à taxatividade de sua competência fixada, única e exclusivamente, pela Constituição.²⁶

Superada a questão da inconstitucionalidade, é preciso referir que o pedido de suspensão pode ser reiterado ao presidente do tribunal superior, quando indeferido ou quando provido o agravo interposto da decisão que o acolheu (art. 15, § 1º, Lei nº 12.016/09), o

²⁶BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127/128.

mesmo ocorrendo quando for desprovido o agravo interposto contra a liminar (art. 15, § 2º, Lei nº 12.016/09).

Além disso, o pedido de suspensão pode se dar de forma concomitante com o agravo de instrumento interposto em face da decisão liminar (art. 15, § 3º, Lei nº 12.016/09), comporta efeito suspensivo liminar (art. 15, § 4º, Lei nº 12.016/09) e pode ter seus efeitos estendidos a outros casos idênticos (art. 15, § 5º, Lei nº 12.016/09).

Por fim, cumpre salientar que, nos termos da Súmula nº 626 do STF, uma vez concedida a suspensão da execução da liminar, ela irá permanecer até que haja o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança. Confira-se:

SÚMULA 626 (STF) - A SUSPENSÃO DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, SALVO DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO DA DECISÃO QUE A DEFERIR, VIGORARÁ ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DEFINITIVA DE CONCESSÃO DA SEGURANÇA OU, HAVENDO RECURSO, ATÉ A SUA MANUTENÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DESDE QUE O OBJETO DA LIMINAR DEFERIDA COINCIDA, TOTAL OU PARCIALMENTE, COM O DA IMPETRAÇÃO.

8.6 NOTIFICAÇÃO E INFORMAÇÕES

Inexistindo reparos a fazer na petição inicial do mandado de segurança, o juiz irá determinar “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” (art. 7º, I, Lei nº 12.016/09), e, na mesma ocasião, “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” (art. 7º, II, Lei nº 12.016/09).

E, aqui, temos mais uma importante singularidade do rito do mandado de segurança: a autoridade não é citada para contestar o feito (lógica própria do procedimento ordinário), mas notificada para prestar informações. O CPC não inclui dentre as formas de comunicação dos atos processuais a notificação; trata-se, contudo, de uma expressão já consagrada para o mandado de segurança.

Com a notificação forma-se a relação processual e, a partir dela, inicia-se o prazo de informações que, em suma, é forma de defesa. Marinoni e Arenhart observam, contudo, que se trata de uma “citação particular, porque não é feita seguindo as formas normais do Código Processual. É realizada por ofício, dirigida à própria autoridade - e não ao procurador do órgão a que está vinculada -, não se admitindo aqui citação ficta ou por correio.”²⁷.

Ao lado da forma convencional de notificação - mediante ofício acompanhado da cópia da inicial e documentos -, a autoridade apontada como coatora poderá, em caso de urgência, ser notificada “por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade” (art. 4º, § 1º, Lei nº 12.016/09).

O chamamento a juízo dos litisconsortes passivos necessários também deve ser feito por ofício acompanhado das cópias da inicial e dos documentos que a instruíram, e o prazo para a defesa (que se dará através da forma comum, a contestação, eles não são notificados para que apresentem informações) é o mesmo (dez dias).

Quando houver a concessão de liminar, há uma regra de natureza administrativa, não processual, que deve ser observada pela autoridade, constante do art. 9º da Lei nº 12.016/09:

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) 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 notificador, 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.

Concernente às informações, temos que são elas o meio de defesa posto à disposição da autoridade coatora, que deve prestá-las no prazo improrrogável de dez dias.

Ao discorrer sobre as informações, Alfredo Buzaid, em uma admirável síntese, salienta:

constituem a resposta da autoridade coatora ao pedido da segurança. Elas devem ser redigidas por escrito e assinadas pela autoridade coatora. Não há mister que as informações sejam subscritas por advogado. Compete à autoridade coatora discutir e rebater os fatos em que se funda o impetrante e demonstrar a legitimidade do ato

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257

impugnado, oferecendo, juntamente com as informações, a prova documental que julgar necessária. Se a prova documental se achar em repartição pública, poderá requerer ao juiz que a requisite.²⁸

Marinoni e Arenhart sustentam que as informações prestadas pela autoridade coatora “equivalem grosso modo à contestação, de modo que nela se pode deduzir toda a matéria que se poderia apresentar em uma contestação comum. Pode-se, então, apresentar defesas processuais e materiais, sem restrição.”²⁹. Mais adiante, esses autores fazem referência à peculiaridade da oposição de exceções no mandado de segurança; elas “devem ser opostas na própria informação, sem recorrer a instrumento próprio, como ocorre com o processo tradicional. Isso ocorre porque o trâmite das exceções é incompatível com a celeridade que se deseja impor ao rito do mandado de segurança.”³⁰.

Não há, no mandado de segurança, espaço para o contraditório em relação às informações prestadas pela autoridade coatora, na medida em que a legislação específica nada prevê a esse respeito.

Com efeito, o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.016/09 prevê que, transcorrido o prazo para apresentação de informações (sejam elas prestadas ou não), os autos deverão ser remetidos ao Ministério Público, para que se manifeste antes da prolação da sentença.

Por fim, como já tivemos a oportunidade de referir, não há fase instrutória no mandado de segurança; as partes não têm a possibilidade de produzir novas provas além dos documentos já juntados com a inicial e com as informações.

8.7 MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público tem o prazo improrrogável de dez dias para apresentar manifestação (art. 12, Lei nº 12.016/09).

²⁸BUZUID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 231.

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257.

³⁰*Ibidem*. p. 258.

A intervenção ministerial se dá na condição de fiscal da lei, competindo-lhe opinar, através de parecer fundamentado, acerca das questões levantadas no processo.

Havia uma grande discussão sobre a forma que deveria assumir essa intervenção, se a de uma manifestação imparcial ou se a de uma defesa da pessoa jurídica de direito público interessada, controversia essa que tinha suas origens na antiga função conferida ao *Parquet*, qual seja, a de representar as pessoas de direito público em juízo.

Com a Constituição de 1988, houve uma reestruturação das funções do Ministério Público, que passou a ter a incumbência de zelar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF), ao mesmo tempo em que a defesa judicial das pessoas de direito público foi entregue a determinados órgãos (Advocacia-Geral da União e Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal). Com isso, a controversia restou superada.

Outra discussão envolve a nulidade do processo quando não houver manifestação do Ministério Público, apesar de validamente intimado para tanto. Entendemos que essa questão também está superada, em face da redação conferida ao parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.016/09: “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.”.

Da leitura desse dispositivo, fica evidente que a manifestação do *Parquet* não é imprescindível à validade do processo. Haverá, em princípio, nulidade apenas quando o Ministério Público não for regularmente intimado.

8.8 SENTENÇA

Os requisitos formais da sentença no mandado de segurança são os requisitos previstos no Código de Processo Civil para as sentenças em geral: ela deve conter relatório, fundamentação e dispositivo (art. 489, NCPC).

No que tange ao conteúdo, ela poderá ser de carência ou de mérito; será de carência quando não satisfeitos os pressupostos processuais e as condições da ação, e de mérito quando for avaliada a existência do direito alegado, com a concessão ou denegação da segurança.

Se o pedido do impetrante for julgado procedente e a segurança for concedida, a eficácia preponderante da sentença será mandamental. Marinoni e Arenhart sublinham que a essência da tutela mandamental “está na ordem dirigida ao réu (ou, eventualmente, a terceiro) para prestar certa conduta.”³¹.

Trata-se de um conceito trazido por Pontes de Miranda do direito alemão (em sua classificação, dita “quinária”, das eficácias da sentença, o mestre acrescentou às três categorias já consagradas à sua época, quais sejam, a declaratória, a constitutiva e a condenatória, outras duas, a mandamental e a executiva), cuja aceitação foi, durante muito tempo, objeto de grande discórdia doutrinária; dentre os que a rejeitavam, Celso Agrícola Barbi defendia que a sentença mandamental “não tem conteúdo diferente do que comportam as três classes geralmente admitidas”,³² crítica semelhante à de Alfredo Buzaid, que sustentava que a mandamentalidade não seria “um objetivo autônomo apto a criar uma nova categoria de ação, ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória.”³³.

Atualmente, é pacífico o entendimento favorável à existência dessa categoria de sentenças, sendo comumente utilizado o nome “ação mandamental” para o mandado de segurança, o que basta para demonstrar a assimilação desse conceito por parte dos profissionais do Direito no Brasil.

No mandado de segurança, a sentença pode ser preventiva ou repressiva, conforme seus efeitos impliquem, respectivamente, no afastamento de uma lesão iminente ao direito do impetrante ou na reparação de uma violação já consumada ao seu direito.

Por fim, o art. 25 da Lei nº 12.016/09246 veda a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios no mandado de segurança. Nesse ponto, a lei atual

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 260.

³² BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 200.

³³ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 73.

limitou-se a reproduzir entendimento jurisprudencial há muito tempo consagrado (Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ).

Confira-se:

SÚMULA 512 (STF) - NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

SÚMULA 105 (STJ) - NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE ADMITE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

8.9. EXECUÇÃO

Já fizemos referência ao caráter mandamental da sentença concessiva do mandado de segurança. Essa peculiaridade possui duas importantes consequências: a sentença que conceder o mandado pode ser executada nos mesmos autos, independentemente de provocação, e a prestação deve ser cumprida *in natura*, sendo inviável a sua substituição por perdas e danos.

O art. 13 da Lei nº 12.016/09 possui a seguinte redação:

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.

A redação conferida a esse dispositivo torna evidente que a execução da sentença concessiva da segurança não necessita de qualquer intervenção do impetrante, sendo dever do juiz comunicá-la, através de ofício ou carta com aviso de recebimento, à autoridade coatora e à pessoa jurídica de direito público a que ela está subordinada, podendo o magistrado, em caso de urgência, valer-se de telegrama, radiograma, fac-símile ou outros meios eletrônicos de comprovada autenticidade.

Trata-se de uma ordem dirigida à autoridade coatora para que faça ou deixe de fazer algo. Se houver descumprimento (diga-se de passagem, algo lamentavelmente muito

comum, é mais do que conhecida a recalcitrância das autoridades do Estado em cumprir as ordens judiciais), incorrerá ela no delito de desobediência, o que não prejudica as sanções administrativas e os crimes de responsabilidade, nos termos do art. 26 da Lei nº 12.016/09:

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.

Mesmo que não exista previsão expressa na lei a respeito, entende-se que esse não é o único meio de coerção de que dispõe o juiz para garantir o cumprimento da decisão.

De acordo com Ernane Fidélis dos Santos, “se a autoridade não se abster de fato que lhe foi vedado por sentença, poderá o juiz usar de todos os meios possíveis, inclusive requisitando a força pública, para fazer cessar a coação que foi julgada injurídica.”³⁴.

Não é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença concessiva da segurança para que ela possa ser executada. A execução provisória está expressamente prevista no § 3º do art. 14 da Lei nº 12.016/09: “A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.”.

Gize-se que os recursos, no mandado de segurança, não são dotados de efeito suspensivo, o que decorre da própria natureza dessa ação, uma garantia constitucional destinada a combater atos ilegais do Poder Público; para suspender os efeitos da decisão (tanto da liminar quanto da sentença), o meio adequado é o requerimento de suspensão, previsto no art. 15 da Lei nº 12.016/09.

É, contudo, inviável a execução provisória nos mesmos casos em que há a vedação à concessão de liminar, previstos no § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09. Assim, sentenças que envolvam “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” não podem ser executadas provisoriamente. Trata-se de uma vedação de constitucionalidade bastante discutível, da mesma forma que a relativa à concessão da liminar.

³⁴SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**, Volume 3: Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 317.

No mandado de segurança, a execução da sentença que acolher o pedido do impetrante “é imediata, específica ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária.”³⁵. Vale dizer, a conversão da obrigação em perdas e danos não pode ser requerida através do mandado de segurança; ele apenas admite o seu cumprimento na forma específica.

Isso, é claro, não significa que a sentença no mandado de segurança nunca poderá ter reflexos pecuniários; a própria Lei nº 12.016/09 trata de uma hipótese dessa natureza, relativa ao pagamento de vencimentos e vantagens a servidores públicos, em seu art. 14, § 4º:

Art. 14. [...]

§ 4.º 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.

8.10 RECURSOS

No mandado de segurança, os recursos não possuem efeito suspensivo, ou seja, não inviabilizam a execução provisória, em face da necessidade de privilegiar-se a eficácia das decisões nele proferidas, determinada pelo caráter de garantia constitucional da medida, e da possibilidade de ser requerida, por meio específico, a suspensão dos efeitos da decisão (à exceção dos casos em que não é admitida a concessão de liminar, quando os recursos terão efeito suspensivo).

A Lei nº 12.016/09 foi bastante analítica em matéria de recursos, procurando determinar expressamente o recurso que cabe de cada decisão. O art. 14 da referida lei, em seu caput e §§ 1º e 2º, estabelece:

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.

³⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108.

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

Temos, portanto, que, da sentença proferida no mandado de segurança, caberá apelação, o recurso ordinariamente previsto em nosso sistema processual para as sentenças. A apelação é o recurso cabível também da decisão de indeferimento da inicial, salvo quando se tratar de mandado de segurança de competência originária de tribunal, cabendo, nesse caso, agravo para o órgão competente (art. 10, § 1º da Lei nº 12.016/09).

Nos termos do art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/09, a sentença concessiva da ordem está sujeita a reexame necessário (também conhecido pela doutrina como “recurso de ofício” ou “voluntário”). Trata-se de mais uma norma protetora dos interesses do Poder Público.

O reexame necessário não impede, contudo, a execução provisória da sentença. Além disso, ele é obrigatório em todos os casos em que a segurança for concedida, total ou parcialmente, não sendo aplicáveis, aqui, as limitações ao reexame necessário das sentenças proferidas contra o Poder Público previstas no art. 483 e §§ do NCPC.

O art. 14, § 2º da Lei nº 12.016/09, uma novidade da atual legislação, confere à autoridade coatora legitimidade recursal.

No que tange ao recurso de agravo, a Lei nº 12.016/09 faz referência às seguintes situações: da decisão que conceder ou denegar a liminar, cabe agravo de instrumento (art. 7º, § 1º); da decisão do relator que indeferir a petição inicial em mandado de segurança que couber originariamente a um dos tribunais, cabe agravo (art. 10, § 1º); da decisão do presidente do tribunal que suspender a execução da liminar ou da sentença, cabe agravo (art. 15); e, por fim, da decisão do relator que conceder ou denegar a liminar em mandado de segurança de competência do segundo grau de jurisdição, cabe agravo (art. 16, parágrafo único). Já analisamos cada uma dessas hipóteses no decorrer do presente capítulo, razão pela qual não faremos, neste momento, maiores considerações a respeito.

Ainda no que se refere ao agravo de instrumento, os atualizadores de Hely Lopes Meirelles defendem que ele pode ser utilizado contra outras decisões interlocutórias que venham a ser proferidas no decorrer do processo:

Quanto ao cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida no curso do processo do mandado de segurança, parece-nos que no andamento do feito podem sobrevir decisões inteiramente contrárias à lei processual

e prejudiciais à parte. Ficarão sem recurso oportuno tais provimentos? Visto que a Lei n. 12.016/2009 especificou o cabimento de agravo de instrumento nas hipóteses que menciona, mas não excluiu a possibilidade genérica de agravo de instrumento previsto no art. 522 do CPC, entendemos que este pode ser aplicável na tramitação da segurança de modo excepcional, como meio de impugnação de decisões nitidamente prejudiciais, quando não conflitar com as prescrições da sua lei especial nem contrariar a índole do *mandamus*.³⁶

Em matéria de recurso aos tribunais superiores, o art. 18 da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “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.” Caberá recurso ordinário ao STF quando houver decisão denegatória, em única instância, pelos Tribunais Superiores (art. 102, II, “a”, CRFB); caberá recurso ordinário ao STJ quando houver decisão denegatória, em única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 105, II, “b”, CF). O recurso extraordinário e o recurso especial caberão, respectivamente, nos casos previstos no art. 102, III da CF e no art. 105, III da CF.

De acordo com a parte inicial do art. 25 da Lei nº 12.016/09, não cabe a interposição de embargos infringentes no mandado de segurança. Aqui, a nova lei não fez mais do que reproduzir o entendimento já consagrado no âmbito dos tribunais superiores (Súmulas 597 do STF e 169 do STJ).

São essas as peculiaridades inerentes aos recursos no mandado de segurança. Naquilo que não é contrário às disposições da legislação especial, aplica-se a disciplina do CPC, inclusive no que tange aos prazos (e sua contagem em dobro para a Fazenda Pública). A contagem do prazo para recorrer do acórdão concessivo da segurança inicia-se com a sua publicação, e não com a ciência à autoridade coatora para o cumprimento (Súmula 392, STF).

Por último, é importante referir que, nos termos do art. 20 da Lei nº 12.016/09, o processo de mandado de segurança e os recursos nele interpostos gozam de prioridade sobre todos os atos judiciais, com exceção do *habeas corpus*. Confira-se:

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

³⁶MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 116.

§ 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.”

8.11 COISA JULGADA

Em que pese ser o mandado de segurança ação civil de rito sumário especial, faz coisa julgada a decisão que aprecia o mérito da impetração, seja denegatória ou concessiva, na medida em que há pronunciamento judicial definitivo sobre o direito invocado pelo impetrante. O art. 19 da Lei nº 12.016/09 assim estabelece: “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.”.

Seguindo na mesma linha de raciocínio, não há coisa julgada quando não houver apreciação do mérito. Na síntese dos atualizadores de Hely Lopes Meirelles,

Não faz coisa julgada, quanto ao mérito do pedido, a decisão que apenas denega a segurança por incerto ou ilíquido o direito pleiteado, a que julga o impetrante carecedor do mandado e a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração ou pelo decurso do prazo para impetração (art. 10 da Lei n. 12.016/2009)³⁷

O § 6º do art. 6º da Lei nº 12.016/09 corrobora essa afirmação, ao estabelecer que “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.”.

Foi, durante muito tempo, discutido se a decisão denegatória do mandado de segurança faria coisa julgada material, em face dos termos do art. 15 da Lei nº 1.533/51 e da Súmula 304 do STF.

O referido artigo 15 da Lei nº 1.533/51, assim dispunha:

Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

³⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 119/120.

Já a Súmula 304 do STF tem o seguinte teor:

SÚMULA Nº 304 (STF) - DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA, NÃO FAZENDO COISA JULGADA CONTRA O IMPETRANTE, NÃO IMPEDE O USO DA AÇÃO PRÓPRIA.

Todavia, como assinala Celso Agrícola Barbi, acabou prevalecendo o entendimento no sentido de que “se houve certeza sobre os fatos, mas o juiz reconheceu que a lei não dá ao autor o direito subjetivo que ele alega, isto é, se o mandado foi negado com exame do mérito, a sentença faz coisa julgada material.”³⁸.

Hoje, a questão está superada, inclusive pelo tratamento dispensado a ela pela Lei nº 12.016/09.

³⁸BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 207-208.

9 O MANDADO DE SEGURANÇA NA ESFERA PREVIDENCIÁRIA

Como já visto o mandado de segurança individual é um dos principais instrumentos do ordenamento jurídico para a defesa dos cidadãos e não pode deixar de ser utilizado como ferramenta instrumental em todas as áreas do Direito, especialmente, no nosso caso, no Direito Previdenciário.

O Direito Previdenciário possibilita em inúmeras situações a sua utilização e na prática podemos alcançar inúmeros resultados de forma muito mais célere.

Desta forma, na atuação cotidiana, se houver a possibilidade utilização do mandado de segurança no lugar de uma ação de rito comum ordinário esta será uma ótima solução.

Para a obtenção de um benefício a ser pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pode-se, por exemplo, ingressar com uma ação ordinária (que se arrastaria por anos até o seu desfecho conclusivo), ou com um mandado de segurança (que pode trazer o resultado quase que imediatamente). Para isso, no entanto, é preciso verificar se todos os requisitos para impetração estão preenchidos, pois, não raro, quando o cliente trás o problema fático em concreto não há mais a possibilidade de utilização do remédio constitucional, seja pela decadência, seja pela descaracterização do “periculum in mora” ou até mesmo pelo não preenchimento dos demais requisitos já estudados à exaustão nos capítulos anteriores.

Vale lembrar, igualmente, que, em princípio, o meio correto e lógico para se postular a concessão/manutenção de benefícios previdenciários é diretamente na Autarquia Previdenciária, isto é, no próprio Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). É o que, via de regra, normalmente ocorre, sendo as questões dirimidas no âmbito administrativo da autarquia. Porém, aquele que detém o poder de decidir sobre a concessão/manutenção dos benefícios previdenciários e assistenciais pagos pelo órgão previdenciário nem sempre obedece aos preceitos legais/constitucionais, afrontando “direito líquido e certo” do cidadão.

Surge aí a possibilidade da interferência do Poder Judiciário, de modo a satisfazer por "via difusa" a concessão de benefício previdenciário de forma mais célere.

Assim, na hipótese em que a autoridade administrativa deixa de observar tais preceitos e princípios, coagindo e desrespeitando “direito líquido e certo” do cidadão, há clara possibilidade de se usar o mandado de segurança como meio indireto para a manutenção ou concessão do benefício.

Como já visto, o mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, que busca proteger direito líquido e certo da violação (efetiva ou iminente), praticada com ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público), diretamente relacionada à coação, de vez que investida nas prerrogativas necessárias a ordenar, praticar ou ainda retificar a irregularidade impugnada, a teor do disposto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei nº 12.016/2009.

Em outras palavras, o mandado de segurança tem por escopo a proteção de “direito líquido e certo” não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, abarcando tanto a lesão como a ameaça de lesão (mandado de segurança repressivo e mandado de segurança preventivo).

Assim sempre que se fala em mandado de segurança, tem-se que ter em mente que este deve obedecer aos requisitos para sua propositura. Quando utilizado para a obtenção/manutenção de benefício previdenciário, isto não pode ser diferente.

É importante ressaltar, inicialmente, que existe um prazo para a propositura do mandado de segurança que é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da ciência inequívoca do ato coator por parte do titular do direito.

No que ao assunto, confira-se a seguinte assertiva:

"(...) o prazo para o titular impetrar o mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Tal prazo é de decadência, isto é, não se suspende nem se interrompe. Tem início a partir do momento em que o ato se tornar capaz de produzir lesão ao direito do impetrante. Cumpre lembrar que o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, ou seja, dentro dos 120 (cento e

vinte) dias, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito (art. 6º, 6º da Lei nº 12.016/09)."³⁹

Dessa maneira, o prazo é de 120 (cento e vinte) dias para o ingresso da Ação Mandamental.

Além disso, no caso de mandado de segurança para a manutenção ou obtenção de benefício do INSS, deve ter uma autoridade coatora (normalmente, o Gerente Executivo do INSS ou o Chefe de Benefícios da Agência da Previdência Social), um ato ilegal/arbitrário (por exemplo, uma decisão negatória de concessão de um benefício ou a cessação do mesmo) atentando contra um direito líquido e certo (por exemplo, o preenchimento de todos os requisitos legais para o benefício).

No caso da aposentadoria por idade, por exemplo, quando a parte autora preenche o requisito da idade para a aposentadoria e, ao mesmo tempo, essa já possui tempo suficiente para a carência do benefício e o motivo para o indeferimento administrativo basear-se na perda da qualidade de segurado a partir da última contribuição, há equívoco absurdo por parte da autoridade administrativa. Ora, quando o segurado implementou a idade legal já contava com número de contribuições superior à carência exigida (o que não é controverso), torna-se irrelevante que à época já tivesse perdido a qualidade de segurado, pois na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício (Lei nº 10.666/03, art. 3º, § 1º).

Sobre o assunto, cita-se a seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE DESCABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. APOSENTADORIA POR IDADE. MP 83/02 E CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO DAS CONDIÇÕES. DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO. 1. O mandado de segurança é ação constitucional que obedece o procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, sendo que a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação à existência do direito. 2. A

³⁹ BACHUR, Tiago Faggioni. **Como conseguir sua aposentadoria e outros benefícios do INSS mais rapidamente através do mandado de segurança**. 1ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz. 2010, p. 48.

aposentadoria por idade será devida ao segurado rurícola que, tendo cumprido a carência mínima exigida, houver completado 60 (sessenta) anos para os homens e 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres. 3. Afastada a necessidade de cumprimento simultâneo das condições previstas pela legislação previdenciária, sendo inexigível a manutenção da qualidade de segurado, entendimento já sedimentado pelo E. STJ anteriormente à edição da MP 83, de 13 de dezembro de 2002, convertida na Lei nº 10.666/03, por ser tal interpretação admissível antes mesmo da propositura da ação. 4. Faz jus o impetrante ao recebimento de sua aposentadoria por idade. 5. Apelação do INSS e remessa oficial a que se nega provimento." (Origem: Tribunal 3ª Região; Classe: AMS – Apelação em Mandado de Segurança 307306; Processo: 200561080083716; UF: SP; Órgão Julgador: 7ª T.; Data da decisão: 15.09.08; Documento: TRF300189388; Fonte: DJF3 Data: 08.10.08; Rel. Juiz Walter Do Amaral; Data da Publicação: 08.10.08)

Vale dizer que no mandado de segurança **não cabe dilação probatória** e todos os requisitos devem estar preenchidos. Isso quer dizer que, quando se tratar de benefício incapacitante (como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou LOAS, por exemplo), não se pode pedir prova pericial; portanto, a via do mandado de segurança deve ser usada com cautela, sob pena de extinção da ação por inadequação da via eleita.

Contudo, se tal benefício incapacitante foi cessado abrupta e repentinamente pela denominada "alta programada", sem a realização de perícia administrativa, cabível é a impetração do *writ*. Não para discutir a incapacidade, nesse caso, mas para discutir a "quebra" do direito ao devido processo legal, do direito do segurado se defender (direito ao contraditório), de ter a necessidade de se fazer a perícia médica para aferir a recuperação ou ser feita a reabilitação profissional do indivíduo (conforme determina o art. 62 da Lei nº 8.213/91), etc.

O que se demonstraria, em caso de benefício incapacitante, é a possibilidade de se manter o benefício até que seja feito tudo conforme a legislação de regência.

Confira-se a seguinte ementa, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. DECADÊNCIA AFASTADA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. PREVIDENCIÁRIO SEM OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO ATO COATOR E DE JUNTA MÉDICA PARA APURAR A PERMANÊNCIA DA INCAPACIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O eg.

Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, em mandado de segurança, a competência para o processamento e julgamento do feito se define em razão da autoridade apontada como coatora e não pela matéria em exame, mesmo que se trate de benefício decorrente de acidente do trabalho. Assim sendo, compete à justiça federal a apreciação do presente writ. (Precedentes do STJ: CC 68593/BA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 20.03.07; CC 76856/BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 07.02.07; CC 67.984/BA, Rel. Min. Nilson Naces, DJ 19.12.06). 2. Não há que se falar em decadência. Observa-se que, cassado o benefício em 28.02.06, o impetrante interpôs recurso à Junta de Recursos do INSS em 03.03.06 e o ajuizamento da ação se deu em 05.05.06, portanto, não decorrido o lapso decadencial de 120 dias. Preliminar rejeitada. 3. O impetrante juntou cópia da comunicação de resultado de exame médico de rotina, que ensejou a posterior suspensão do benefício, realizado em 06.12.05, no qual consta que ‘há incapacidade laborativa. O benefício foi prorrogado até 28.02.06’, sem que realmente houvesse uma perícia médica para análise da capacidade laborativa (fls. 27). 4. A conduta unilateral da administração, de suspender o pagamento de benefícios previdenciários – revestidos de nítido caráter alimentar –, sem atenção ao devido processo legal administrativo, ofende as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 5. ‘Configura ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa o ato impugnado que fixou uma data futura para cessar o benefício recebido pelo impetrante, presumindo sua recuperação, sem a necessária produção de perícia médica contemporânea, apta a justificar o retorno ou não às atividades laborais’ (AMS 2006.33.07.000632-1/BA, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ 25.06.07, p. 51). 6. Não cabe cobrança de valores atrasados na via estreita do mandamus, cujos efeitos financeiros se operam a partir da impetração. 7. Apelação e remessa oficial improvidas." (Origem: TRF 1ª Região; Classe: AMS – Apelação em Mandado de Segurança 200636000060455; Processo: 200636000060455; UF: MT Órgão Julgador: 1ª T.; Data da decisão: 10.12.07; Documento: TRF100269899; Fonte: e-DJF1; Data: 08.04.08, p. 370; Rel. Des. Fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira; Data da Publicação: 08.04.08; Decisão: A Turma, por maioria, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Federal, vencido o Des. Fed. José Amílcar Machado, e, por unanimidade, rejeitou a preliminar de decadência e negou provimento à apelação e à remessa oficial.)

Um detalhe importante do mandado de segurança deve ser observado: devido à pessoa contra a qual se propõe (servidor público de autarquia previdenciária), **a competência será obrigatoriamente na Justiça Federal, não podendo** ser proposto perante o **Juizado Especial Federal (JEF)**, por expressa disposição legal.

Mesmo que se trate de benefício acidentário, o que está se atacando é o ato em si (a decisão da autoridade administrativa), o que importa em reconhecer a competência em razão da pessoa para a impetração no âmbito da **Justiça Federal**. Portanto, a competência

para o julgamento de mandado de segurança é definida em razão da autoridade coatora, de acordo com o artigo 109, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Trata-se de competência *ratione personae* de natureza absoluta e indelegável.

Vê-se, por conseguinte, que são inúmeras as situações em que é cabível o mandado de segurança na esfera previdenciária, seja para benefícios previdenciários (como aposentadoria por idade, tempo de contribuição ou especial, auxílio-reclusão, salário-maternidade, pensão por morte, etc.), como para o benefício assistencial de prestação continuada pago ao idoso ou portador de deficiência da LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social).

Por fim, o que se observa é que, em termos práticos, o mandado de segurança é muito mais célere para a obtenção ou manutenção dos benefícios, até porque a prestação jurisdicional deve ser rápida para cessar a lesão ou a ameaça ao direito praticada pela autoridade impetrada. Isso porque, o mandado de segurança goza de prioridade no trâmite (podendo ainda ser concedida liminar – o que o torna mais rápido ainda). Há casos em que a concessão da medida liminar se dá na mesma semana da impetração da ação mandamental.

Como restou demonstrado, embora possam existir vários caminhos que conduzem ao mesmo destino, o mandado de segurança pode ser um atalho seguro para atingir o objetivo de maneira mais célere e eficaz.

Assim, pode-se dizer que, com relação ao alargamento da utilização do mandado de segurança em sede de concessão/manutenção de benefícios pagos pela Autarquia Previdenciária, tem-se como resultado a presteza do veículo processual, constituindo-se atualmente como meio viável e apto à pronta reparação e à proteção de direitos lesados ou ameaçados de lesão do cidadão.

Cabe, dessa maneira, ao advogado sopesar a circunstância fática, adequando ao caso concreto a aplicabilidade deste caminho seguro, rápido e eficaz para a defesa daqueles que tanto necessitam de um benefício do Instituto Nacional do Seguro Social, ou, ainda, àqueles que são afetados, diretamente ou de forma oblíqua, pelas ilegalidades ou arbitrariedades das autoridades integrantes do quadro do Instituto Nacional do Seguro Social.

CONCLUSÃO

O surgimento do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro foi influenciado pelo contexto histórico da época, servindo de instrumento de proteção aos direitos dos indivíduos, concedido em situações de afronta ou ameaça a direito líquido e certo. Sua primeira aparição como texto de lei foi na Constituição Federal de 1934, tendo permanecido, em seu processo evolutivo, nas demais Cartas Constitucionais, exceto a de 1937, e atualmente passou por alterações substanciais, promovidas pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Em razão de a lei nem sempre ser clara e objetiva quanto aos limites da atuação estatal, bem como à verdadeira teia intrincada que se constitui o ordenamento jurídico brasileiro, em algumas situações torna-se necessária a utilização de princípios hermenêuticos, a fim de auxiliar a interpretação, e de princípios jurídicos, que acabam se constituindo em normas e regras impositivas.

Diante disso, ressalta-se a importância da utilização do mandado de segurança pelos administrados, como forma de ver os seus direitos assegurados, pois se de um lado os agentes estatais dotados de autoridade atuam de forma convicta ao aplicar a lei, por outro, os administrados podem sentir-se cerceados ou lesados em seus direitos e, para corrigir eventuais abusos ou excessos, o manuseio do instituto do mandado de segurança tem sido de fundamental importância, principalmente na esfera do Direito Previdenciário como instrumento de proteção dos direitos dos segurados em face das arbitrariedades e/ou ilegalidades perpetradas pelos agentes públicos da Autarquia Previdenciária (INSS).

Igualmente, o fortalecimento do direito constitucional consagrou uma maior proteção dos direitos e garantias individuais. Propiciou-se com as garantias uma maior liberdade individual em oposição à supremacia do poder estatal.

É ideia corrente, no moderno direito administrativo, que não há supremacia do interesse público quando estiverem em jogo direitos fundamentais; o Estado não pode valer-se de sua posição de pretense garantidor da vontade geral para, com isso, vilipendiar os direitos fundamentais do cidadão.

A importância do trabalho consiste em evidenciar as principais hipóteses de cabimento do *writ*, bem como indicar a eficácia do referido instrumento jurídico diante deste cenário e, em especial, na esfera previdenciária.

Como restou demonstrado, o mandado de segurança pode ser um atalho seguro para atingir o objetivo de maneira mais célere e eficaz. Isso porque, o mandado de segurança goza de prioridade no trâmite, podendo ainda ser concedida liminar, o que o torna mais rápido ainda.

Assim, pode-se dizer que com relação ao alargamento da utilização do mandado de segurança em sede de concessão e/ou manutenção de benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, tem-se como resultado a presteza do veículo processual, constituindo-se na atualidade como meio viável e apto à pronta reparação e à proteção de direitos prejudicados ou ameaçados do cidadão, conforme explicitado no Capítulo 9.

Porém, seu uso deve ser comedido, especialmente nos casos onde há a necessidade de dilação probatória, exigindo-se perícia, como nos casos de benefícios incapacitantes como, por exemplo, o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, onde seu manejo não é adequado. Note-se que se tal benefício incapacitante foi cessado abruptamente pela "alta programada", sem a realização de perícia administrativa, cabível é a interposição do *writ*.

Não para discutir a incapacidade, nesse caso, mas para discutir a violação do direito ao devido processo legal, do direito do segurado se defender (direito ao contraditório), de ter a necessidade de se fazer a perícia médica para aferir a recuperação ou ser feita a reabilitação profissional do indivíduo (conforme determina o art. 62 da Lei nº 8.213/91), etc. O que se demonstraria, em caso de benefício incapacitante, é a possibilidade de se manter o benefício até que sejam observadas as formalidades para tal.

Dessa maneira, na hipótese em que a autoridade administrativa deixa de observar tais preceitos e princípios, coagindo e desrespeitando direito líquido e certo do cidadão, há clara possibilidade de se usar o mandado de segurança como meio indireto para a manutenção ou concessão do benefício, cabendo ao advogado sopesar a circunstância fática, adequando ao caso concreto a aplicabilidade deste caminho seguro, rápido e eficaz para a defesa dos

interesses e direitos dos segurados ou de quem quer que seja afetado pelas decisões das autoridades da Autarquia Previdenciária.

Em uma análise final e sintética, tem-se que o mandado de segurança é amplamente utilizado como um instrumento eficaz de segurança jurídica e de cumprimento dos preceitos constitucionais e legais. Atua contra atos e abusos da autoridade pública ou daquelas que exercem função pública.

Portanto, inegável a contribuição deste importante instituto jurídico para a concretização efetiva dos direitos dos cidadãos perante o Poder Público e para a consolidação de uma sociedade mais justa e voltada para a formação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança e Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACHUR, Tiago Faggioni. **Como Conseguir sua Aposentadoria e Outros Benefícios do INSS Mais Rapidamente Através do Mandado de Segurança**. 1ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Liminar em Mandado de Segurança: um Tema com Variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BUZAID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra *apud* REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo** – São Paulo: Saraiva, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**, Volume 5: Procedimentos Especiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2007.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança**. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, V.51.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**, Volume 3: Procedimentos Especiais Codificados e da Legislação Esparsa, Jurisdição Contenciosa e Jurisdição Voluntária. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.