

A PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA E O MANDADO DE SEGURANÇA POR OMISSÃO

1. DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

Veja-se que se a prova pré-constituída, muitas vezes reclamada pelo Juízo com o fito de dar azo à extinção do *mandamus*, estiver em posse da Autoridade coatora e esta se recuse a fornecê-la, seja por Certidão, seja por qualquer outro meio legítimo de provar a alegada coação, pode o advogado se socorrer na própria petição inicial - sem que se faça necessária outra impetração para esse fim - do que restava disposto no parágrafo único do artigo 6º da Lei 1.533/51, *verbis*:

Parágrafo Único do art. 6º, da Lei 1.533/51, *verbis*:

“ no caso em que o documento necessário á prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará preliminarmente, por ofício a exibição desse documento em original ou por cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação....”

Tal dispositivo veio reproduzido na Lei 12.016/2009 nos parágrafos 1ª e 2º do Artigo 6º, vejamos:

§ 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.

Note-se que nova lei alargou o alcance do aludido dispositivo, uma vez que dispõe de forma que também se aplique não só a autoridade impetrada, mas também nos casos em que aprova se localizar em Repartição ou Instituição Pública, devendo o juiz marcar prazo de 10(dez) dias para o fornecimento do documento capaz de fazer prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado.

Também asseverou a nova lei que, sendo a autoridade coatora indicada no mandado de segurança a mesma que detenha os documentos necessários á comprovação do direito, a ordem de apresentação se fará no próprio instrumento de Notificação. Assim, deverá a autoridade impetrada no mesmo prazo: prestar as informações e trazer aos autos o documento reclamado.

E assim o é porquanto hipótese em que a prova inequívoca eventualmente reclamada pelo Juízo, encontra-se em poder da própria autoridade coatora. Desta forma, com a acuidade e necessária observação deste dispositivo evitará o advogado que seu mandado de segurança seja denegado ou extinto por ausência de prova pré-constituída, ou ainda por necessidade de dilação probatória.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.885-2 - PE
Tribunal Pleno (DJ, 16.12.1994) Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves**

“A Lei nº 1.533, Lei do Mandado de Segurança, no art. 6º, diz que a petição inicial deverá revestir-se dos requisitos dos arts. 158 e 159 do CPC de 1939 (atuais 282 e 283), e permite, no parágrafo único do artigo 6º, “no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão”, que o juiz ordene “preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica.” (JSTF - Volume 198 - Página 168)

Também a melhor doutrina assim e entende:

(VICENTE GRECCO FILHO, “Tutela Constitucional das Liberdades”, p. 168, 1989, Saraiva) -

“ A lei exige que o impetrante, ao ajuizar o writ, instrua a petição inicial com prova pré-constituída que se repute essencial, ressalvada a hipótese de o documento necessário à comprovação das alegações encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, ou, ainda, em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão (Lei nº 1. 533/51, art. 6º e seu § único, e RISTF, arts. 114 e 202).”

Cabe ressaltar ainda que vislumbrando o juiz a necessidade de dilação probatória – incabível no mandado de segurança – deve julgar extinto o processo sem julgamento de mérito, ressalvando, **sempre**, ao impetrante o uso das vias ordinárias para provar o direito alegado, e jamais denegar a ordem pois assim o fazendo estará adentrando ao mérito da questão que lhe foi posta e, via de consequência, ao analisar o mérito estará analisando as provas, que, antes, expressara inexistentes como fundamento da denegação. **Estar-se-á, desta forma, diante de verdadeiro paradoxo.**

2. DO MANDADO DE SEGURANÇA POR OMISSÃO

Outra forma de impetração é o Mandado de Segurança por omissão, consubstanciado no só fato de que tendo havido um requerimento administrativo

em certo sentido, tenha decorrido o prazo legal para que a autoridade responda ou decida esse requerimento. Mas que prazo é esse?

Tem-se no âmbito Federal a Lei 9.784/99 que regula todo o processo administrativo federal, e que, na ausência de norma específica nos Estados e Municípios é aplicada subsidiariamente.

O artigo 24 da lei 9.784/99, estabelece que os atos do processo devem ser praticados no prazo de 05(cinco) dias, podendo ser dilatados até o dobro, mediante justificção (art. 25);

Já o art. 48, traz explicitamente que a administração tem o **dever** de emitir decisão nos processos administrativos.

Havendo decurso desses prazos, sem que haja efetiva resposta da autoridade administrativa, clara está a omissão de molde a ensejar o *writ*, uma vez que não pode o administrado aguardar infinitamente uma decisão administrativa.

Vale ainda dizer do consagrado direito de petição aos órgãos públicos, elevado à garantia constitucional na categoria Direitos Fundamentais, pelo inciso XXXIV, 'a' e 'b' do artigo 5º da CF/88¹.

Incide ainda na hipótese o disposto no artigo 5º, XXXIII², que garante que as informações solicitadas deverão ser prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade.

Importante ainda frisar que está a Administração Pública adstrita aos princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Não seria crível que havendo omissão, estariam tais princípios sendo respeitados.³

3. MODELO DE MANDADO DE SEGURANÇA POR OMISSÃO

**EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO**

xxxxx, brasileiro, casado, identidade nº xxxxx, CPF nº xxxxxx residente na
vem, por seu advogado ao final, com escritório na rua xxxx onde receberá
intimações, impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)**

¹ XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

² XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

em face de ato omissivo do Sr. **Diretor de Intendência do Comando do Exército**, com endereço na **Praça Duque de Caxias, S/N, Centro**, pelos motivos de fato e de direito aduzidos:

DA HIPÓTESE

1. O impetrante é ex-combatente, tendo participado efetivamente de operações bélicas no teatro de operações da Itália, como PRACINHA DA FORÇA EXPEDICIONÁRIA BRASILEIRA-FEB;

2. Note-se que, diferentemente de outros intitulados "ex-combatentes" que nunca saíram do Brasil, o autor ESTEVE EFETIVAMENTE EM COMBATE DIRETO na Itália, conforme denota a documentação acostada;

3. Consoante o inciso II do art. 53 do ADCT da CF/88, o ex-combatente faz jus a uma pensão especial correspondente a deixada por um segundo tenente, REQUERÍVEL A QUALQUER TEMPO⁴.

4. O impetrante na condição de funcionário público federal aposentado pelo Ministério do Trabalho, deixou de requerer anteriormente o benefício em razão da vedação à acumulação da pensão especial com quaisquer outros rendimentos recebidos dos cofres públicos, **exceto benefícios previdenciários**.

5. Todavia, à vista da mais pacífica orientação pretoriana, segundo a qual, a **aposentadoria estatutária recebida por servidor público REVESTE-SE DE NATUREZA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**⁵, faz jus o impetrante à percepção da pensão especial de segundo tenente, uma vez que preenche os requisitos insculpidos no inciso II do art. 53, ADCT.

DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - OMISSÃO DA AUTORIDADE

6. Diante disso, **em XXXXX**, o impetrante requereu administrativamente a concessão da pensão especial correspondente a de um segundo tenente.

7. Todavia, desde XXXXX o impetrante aguarda uma resposta ao seu requerimento, sem êxito.

8. Clara está a omissão administrativa de molde a ensejar o *writ*, uma vez que não pode o administrado aguardar infinitamente uma decisão administrativa.

9. Ademais, o artigo 24 da lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, estabelece que os atos do processo devem ser praticados no prazo de 05(cinco) dias, podendo ser dilatados até o dobro, mediante justificação(art. 25);

9.1 Já o art. 48, traz explicitamente que a administração tem o dever de emitir decisão nos processos administrativos.

⁴ Art. 10 da Lei 8.059/90 c/c art. 53, II, ADCT.

⁵ **RE 236.9020-8/RJ**, rel. Min. NERI DA SILVEIRA: "Recurso Extraordinário. 2. Ex-Combatente. 3. Pensão especial prevista no art. 53, II do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1998. 4.A referida pensão especial é acumulável com benefício previdenciário. **5. Reveste-se de natureza de benefício previdenciário a aposentadoria de servidor público.** 6. Mandado de segurança deferido." DJ de 01.10.99

DA POSSIBILIDADE DE ACESSO A VIA JUDICIAL SEM O PRÉVIO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

10. Consoante entendimento consagrado pela Corte dessa Segunda região, "É desnecessária a sucumbência perante a via administrativa para que se possa recorrer ao Poder Judiciário (art.5º, XXXV, CF/88)⁶ ;

11. Na mesma esteira, é a dicção da súmula nº 09 do TRF da 3º Região: "Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação"

12. Sem discrepar, é esta a orientação do TRF-2, confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL Processo: 93.02.16604-0 UF: ES Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da Decisão: 11/06/1997 Documento: TRF200053652 Fonte DJ DATA: 14/10/1997 PÁGINA: 84992 Relator JUÍZA VERA LUCIA LIMA

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO - DESNECESSIDADE DE ESGOTAR AS VIAS ADMINISTRATIVAS.

- Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio **exaurimento** da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação." (súmula nº 09 do trf - 3ª região).

- Quanto ao alegado vício de intimação da sentença, não houve qualquer prejuízo para o INSS, pois a apelação foi regularmente recebida pelo d. juiz a quão.

DO DIREITO

13. Abraçando a orientação do STF, também o Tribunal de Contas da União decidiu pela legalidade da acumulação, através da **decisão 353/2000, 1ª Câmara**⁷, em foi que foi relator o sr. Ministro Guilherme Palmeira.

14. Diante de tais decisões, a Administração Pública também reconheceu esse direito e editou o **OFICIO-CIRCULAR Nº 33/SRH/MP da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**(doc. anexo), onde determina aos dirigentes de recursos humanos dos órgãos e entidades da administração federal, que não mais obstem a concessão de tal benefício, dando assim pela total legalidade da acumulação.

PEDIDO

Do exposto, provada a condição de ex-combatente e superado o óbice da acumulação do benefício alvitado com a percepção de aposentadoria estatutária, resta então, caracterizado o *fumus*; estando ainda clara a natureza alimentar da verba requerida, que resta obstada em razão da injustificada omissão da autoridade, sendo de se ter por presente também o *periculum*, razão pela qual requer:

a) a concessão da medida liminar, determinando a autoridade impetrada a imediata implantação em favor do impetrante da pensão de segundo tenente, na forma do inciso II do art. 53 do ADCT da CF/88;

⁶ Tribunal - Segunda Região **Classe:** AC - Apelação Cível - 224890 **Processo:** 2000.02.01.003877-9 **UF:** RJ **Órgão Julgador:** QUARTA TURMA **Data da Decisão:** 14/06/2000 Relator JUIZ ROGÉRIO CARVALHO.

⁷ **TCU-DECISÃO ATA Nº 38:** 8.1 Considerar legal o ato de fls. 1 a 3; 8.2 Cientificar a interessada de que é lícita a acumulação da pensão relativa á lei 8.059/90 com pensão da lei 8.112/90.

b) sejam requisitadas as informações no decêndio legal;

c) seja colhido o judicioso parecer do *parquet*;

d) a procedência do pedido, concedendo a segurança, para determinar a definitiva implantação da pensão especial deixada por segundo tenente das Forças Armadas em favor do impetrante, sob pena de multa diária equivalente a R\$ 1.000,00;

c) a condenação a pagar os efeitos financeiros⁸ da implantação retroativamente a data da impetração.

Dá a causa o valor de R\$ 3.000,00

T. em que;
Pede deferimento.
Rio de Janeiro,

⁸ Parte final da OFICIO-CIRCULAR Nº 33/SRH/MP