

**Marcelo R. A. Maciel Avila
Vilmar Luiz Graça Gonçalves**

TEORIA E PRÁTICA DO MANDADO DE SEGURANÇA
Comentários sobre a Lei Nacional n.º 12.016/2009
Questões da Ordem dos Advogados do Brasil e de Concursos
Modelos de Petição

Ano 2010 - Originais

Dedicatórias – Marcelo R. A. Maciel Avila

À minha querida Avó, Climene de Castro Maciel, meu maior exemplo de vida.

À Denise. Esposa, amiga e companheira de todas as horas.

Às minhas filhas Ana Beatriz e Mariana, amores da minha vida e meu orgulho.

Para Pedro Henrique, com carinho e o mesmo orgulho.

Dedicatórias – Vilmar Luiz Graça Gonçalves

A Deus, por permitir que eu concretizasse esse sonho.

Aos meus pais, Ivo e Mirian, por terem me oferecido condições de sonhar.

À minha esposa, Vicky, e ao meu filho, Ivo Neto, simplesmente por existirem em minha vida.

Ao meu irmão Marcus, pelo estímulo e por ter me presenteado com Júlia, minha amada sobrinha.

E aos meus amigos e sócios, Camilo e Daniel, a quem devo boa parte dos frutos colhidos nessa jornada.

ÍNDICE

- 1
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.

--

Introdução

O estudo do mandado de segurança está relacionado ao processo de evolução pelo qual atravessou o Estado e o avanço da mutabilidade das relações sociais, que por sua vez acompanhou o amadurecimento da concepção democrática do Direito principalmente nos países ocidentais. Quando se fala na ideia de criar uma ferramenta judicial de controle sobre a atuação estatal devemos associá-la imediatamente à valorização do homem frente ao “todo-poderoso” Estado e, a partir disso, à demonstração inequívoca de que essa organização política moderna passa a ter como fundamento maior a dignidade da pessoa humana e legalidade de seus atos.

No Brasil a primeira Constituição a abrigar o mandado de segurança foi a de 1934 que, em sua concepção, estabelecia a concessão de segurança “*para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade*”. De lá pra cá outros textos constitucionais reconheceram no mandado de segurança um mecanismo de resistência ao excessos perpetrados por aquele que tem o dever de zelar pelo interesse público e pela proteção das liberdades públicas, sendo o direito reconhecido em 1946, 1967/69 e 1988. Hoje, temos o mandado de segurança como um direito fundamental e, portanto, integrante do núcleo de proteção do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Recentemente, assistimos a entrada em vigor da Lei Nacional n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009, que adequou a disciplina do mandado de segurança aos preceitos estabelecidos no texto original da Constituição Federal de 1988, como a possibilidade de impetração do *mandamus* coletivo, bem assim às mudanças já trazidas pela jurisprudência desde a recepção da derogada Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com destaque aos Tribunais Superiores.

Trata-se de tema de extrema importância aos estudiosos da ciência jurídica, não só por seu caráter de contenção aos abusos daqueles que representam o Estado, mas para evitar que o direito fundamental ao mandado de segurança seja, de tão mal utilizado, rebaixado à condição de subterfúgio processual. Com isso, cientes dessa tarefa que nos foi incumbida pela Editora Águia Dourada, procuramos elaborar um texto que atendesse os acadêmicos, os advogados e, mais especial, os estudantes de Direito, com reflexões sobre a disciplina legal e jurisprudência atual, e com questões de concurso para estimular o aprendizado ou apenas exercitá-lo. Antes de apresentar ao leitor nosso trabalho, devemos ressaltar que essa obra será sempre atualizada na medida que ocorram mudanças nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Esperamos que todos os leitores tenham o mesmo prazer que nós, autores, tivemos ao elaborar uma pesquisa atual e dinâmica sobre o mandado de segurança e seus reflexos multidisciplinares. Boa leitura!

Parte Teórica

1. Evolução Histórica do Mandado de Segurança em nosso Ordenamento Jurídico

Inspirado basicamente no *juicio de amparo* do Direito Mexicano, nosso mandado de segurança é tido como ferramenta extremamente eficaz no controle exercido pelo Poder Judiciário nos casos de ilegalidades perpetradas pelo Estado que se revelem violação a direitos individuais e coletivos. Mas, para o correto estudo do também denominado *writ*¹, é de extrema importância ressaltar que o surgimento do mandado de segurança está diretamente associado à concepção de Estado Moderno que conhecemos, dividido nas três clássicas funções: *legiferante*, *judicante* e *executiva*.

Assim, uma breve viagem no tempo será bastante útil para compreender a verdadeira essência desse instituto jurídico que foi abraçado por nosso ordenamento jurídico como mais uma forma de obstar os excessos perpetrados pelo Poder Público, e seus representantes, e que, invariavelmente, acabam por representar sérias violações aos direitos individuais e coletivos.

A didática e dinamismo encontrados no Direito nos dias atuais praticamente clamam por uma análise objetiva e pragmática dos institutos jurídicos, recheada pela ansiedade comumente encontrada nos estudantes de direito em se capacitar prioritariamente na identificação da hipótese de incidência prevista na lei no caso concreto. Abandonaremos esse estilo tecnicista para permitir ao leitor ir além do minimalismo jurídico, que ignora a importância dos fatores históricos e sociais para o reconhecimento dos direitos ao longo dos séculos.

Historicamente, tem-se que o Estado, se não esteve sempre presente na organização humana, é uma constante à medida que cresce o grau de abrangência populacional e consequentemente da complexidade das organizações sociais. Claro que assume as mais variadas formas, de acordo com as condições de cada tempo e lugar, dos Estados teocráticos e centralizados da antiguidade aos Estados democráticos e mesmo totalitários dos dias atuais.

Para contextualizar, então, o estudo da progressiva consagração do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico, e sua relação com o processo evolutivo do Estado, a presente análise limitar-se-á à postura do ente estatal em relação aos indivíduos em determinadas épocas, notadamente no que se refere à manutenção da ordem jurídica e o exercício do poder político, e adiante às características que marcaram as previsões constitucionais. Eventos históricos e personagens a eles relacionados serão omitidos, com exceção daqueles reputados imprescindíveis à exata compreensão do que se pretende destacar.

¹ De origem Americana, essa medida judicial fora utilizada no célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, episódio reconhecido pela doutrina nacional e internacional como o marco do controle judicial sobre ilegalidades praticadas pelos demais poderes. Nesse caso o controle consubstanciava-se na análise da constitucionalidade pela Suprema Corte Americana. A instância máxima do Poder Judiciário Americano fora provocada a determinar que um órgão administrativo deixasse de praticar ato de modo a restabelecer, nos termos postulados por Marbury, seu direito a tomar posse em função administrativa.

1.1. O Amadurecimento do Estado Moderno e suas raízes no Absolutismo

O Estado com as características atuais, embora guarde profundas semelhanças com instituições políticas antigas, é fruto de um processo de formação que teve início no final da Idade Média, com a dissolução do Estado teocrático feudal. Para o estudo, portanto, do Estado Moderno torna-se necessário percorrer as concepções de Estado anteriores, que permitiram ao longo do tempo a consolidação da natureza de unidade institucional orgânica do ente político estatal que existe nos dias de hoje, bem assim identificar os elementos decisivos de distinção entre o Estado Absoluto e o Estado limitado².

Inicialmente, é importante notar que as denominações *Estado Absoluto*, *Estado Liberal* e, mais recentemente, *Estado do Bem Estar Social* correspondem a modelos históricos de organização do poder político de fases distintas do processo de evolução sofrido pelo chamado Estado Moderno, tal como ele se desenvolveu nos países ocidentais de economia fundada nos ideais capitalistas³.

Existem registros que identificam o surgimento e consolidação do Estado Moderno entre os séculos XIII e os fins do século XVIII, época marcada pelo *absolutismo*, que por um lado constituía-se um “Estado feudal transformado”, pois houve a manutenção de privilégios dos senhores feudais da Idade Média em favor daqueles que tinham nas mãos o poder. De acordo com jurista Paulo Bonavides, a primeira fase que marca o Estado Absolutista faz referência à “*monarquia absoluta de direito divino, cuja legitimidade, em termos abstratos, é ministrada grandemente, em seus fundamentos teóricos, pela doutrina dos teólogos, que põem o altar ao lado do trono para dar-lhe arrimo e sustentação*”⁴.

O Estado Absolutista, de estrutura estamental rígida, caracterizava-se pela divisão em três classes: clero, nobreza e plebe. As duas primeiras classes, consideradas como superiores, participavam da administração chefiada pelo monarca. O Estado Moderno, em sua forma monárquica e absolutista constitui praticamente o tipo dominante no mapa político europeu dos séculos XVII e XVIII. Todos os indivíduos eram considerados súditos, conceito que se contrapõe à definição atual de cidadão. Seu papel consistia em zelar pelo engrandecimento do Estado e do rei, detentor do monopólio da administração, do comércio e de outras atividades econômicas, bem como a da lei e da justiça.

A unidade jurídico-política caracterizada na concepção do absolutismo viabiliza-se através do *monopólio da força*, que é definido superficialmente pelo exercício exclusivo do poder de legislar e de julgar dentro de um território e em relação a um grupo social. Implicando a redução do conteúdo do direito às leis e decisões emanadas de uma mesma fonte de poder, o monopólio da força desqualifica qualquer outra forma de organização apta a regular o funcionamento da sociedade.

² Esse considerado tanto em sua feição de Estado Liberal como de Estado Social.

³ Por *economia fundada nos ideais capitalistas* deve-se entender aquela que tem como fundamentos a propriedade privada, a divisão da sociedade em classes e o liberalismo econômico (liberdade de iniciativa, concorrência, comércio, indústria, etc)

⁴ Paulo Bonavides. *Teoria do Estado*. pág. 25.

O Estado Moderno revela-se, pois, como único e nacional, no sentido de que, dentro do território ocupado por uma coletividade ligada por laços de identidade cultural e linguística, todo poder de comando se concentra num só eixo institucional. Vale destacar que a unicidade institucional referida não está ligada ao Estado no qual o governo prescinde de um sistema de tripartição das funções próprias do poder político. Trata-se, na verdade, de reconhecer o Estado como um sistema orgânico baseado no princípio que constitui seu fundamento – qual seja – *soberania*, valor supremo medido pela possibilidade de impor vontades e repreender os desvios.

Descartando o caráter de imposição de constituição do Estado como único meio de regular a convivência social, o iluminista Jean-Jacques Rousseau, em sua obra *O Contrato Social*, estabelece que é necessário reconhecer a existência de uma pessoa pública constituído na união de interesses de diversos indivíduos pactuantes de modo a tornar imbatível a soberania dos indivíduos. A vontade geral, entretanto, não corresponde ao somatório de diversos interesses particulares, mas sim um interesse comum ou bem comum.

Não obstante, o Estado Absoluto não se singulariza como um modo de organização do poder político à margem de uma ordem jurídica constituída. Em *Leviatã*⁵ Thomas Hobbes declara ser a lei o meio capaz de regular a convivência social. Por outro lado, o súdito à época (cidadão nos dias atuais) só tinha obrigação na medida das imposições legais, e desde que delas tivessem prévia ciência; desfruta de liberdade plena para atuar conforme quisesse sempre que não houvesse regulação em contrário; não deveria ser condenado senão por ato ilícito. Nesse sentido, o absolutismo não pode ser definido como uma forma estatal despida totalmente de uma ordem jurídica determinada. A diferença básica que se encontra em relação ao Estado Contemporâneo se encontra na ausência de dois mecanismos de limites ao exercício do poder que serão afirmados séculos depois – quais sejam – *a separação dos poderes e reconhecimento das liberdades públicas baseado nos direitos fundamentais*.

De fato, ao firmar-se sobre o princípio da soberania ilimitada, ou de que o soberano é *legibus solutus*, o Estado Absoluto distancia-se de uma concepção que reconheça quaisquer direitos subjetivos. Trata-se o sistema jurídico-político do Estado Absoluto, então, de um acordo artificial pelo qual os súditos apenas transferem o poder de organizar a sociedade a um terceiro, mas sem a obrigatoriedade de qualquer contraprestação pelo titular do poder. Mas, conforme destacado por Bobbio⁶, o fato do Estado Soberano ser livre das leis significava naquela época liberdade em relação às leis civis, ou seja, das leis que ele mesmo tinha o poder de criar. O fato do poder soberano estar acima das leis civis não poderia significar que fosse um poder ilimitado.

5.2. O Estado Liberal e o Constitucionalismo

⁵ Thomas Hobbes apresenta nessa obra as articulações essenciais do problema humano. Segundo ele, o homem é triplo: ele é homem, é cidadão e é cristão. Essa triplicidade é fonte de tensões e de conflitos (cf. Dicionário das Obras Políticas – editora civilização brasileira)

⁶ Norberto Bobbio – *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. pág. 75.

O Estado Liberal de Direito, que teve algumas de suas bases teóricas lançadas por célebres filósofos como Montesquieu, Benjamin Constant e John Locke, caracterizou-se pela difusão das ideias de separação de poderes (ou funções) de Estado, do império das leis, bem como de liberdades públicas respaldadas no reconhecimento de direitos fundamentais dos indivíduos, cujo processo de materialização iniciou-se na Inglaterra e França, e marcou o início da derrocada da monarquia absoluta.

Registre-se que essas ideias tiveram origem nos movimentos constitucionalistas que estimularam o mundo ocidental, principalmente a partir dos eventos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, sendo a Revolução Francesa o mais emblemático. Nesse paradigma do Estado Liberal há uma distinção clara entre o que é público, ligado às coisas do Estado, e o privado, mormente a vida, a liberdade, a individualidade familiar e a propriedade. Essa dicotomia era garantida por intermédio do Estado, que lançando mão da supremacia das leis, protegia as relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

Ora, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito vincula-se, indissociavelmente, às revoluções burguesas do século XVIII. Movimentos insurgentes e transformadores, tais revoluções simbolizaram a negação a um determinado modelo de sociedade, cuja essência provocou grandes mudanças nas relações de poder. Pretendia-se, entre outras coisas, romper com os privilégios concedidos pela Coroa à uma parcela da sociedade feudal e criar um sistema social que induzisse o Estado a proteger e respeitar a liberdade do indivíduo e que esse fosse administrado por legítimos representantes do corpo social.

A partir desses movimentos revolucionários a preocupação com a integridade física do homem e a proteção desse contra o poder estatal passaram a ter grande destaque, não só devido ao *Cristianismo*, que defendia a dignidade da pessoa humana em confronto com o Estado, como também ao *Jusnaturalismo*, que pregava a adoção de um sistema superior de preceitos imutáveis, correspondente a uma justiça maior, anterior e superior ao Estado e que emana da própria ordem equilibrada da natureza, e ao *Iluminismo*, movimento que ideologicamente buscava a valorização do indivíduo perante o Estado, em que pese os efeitos desastrosos da tomada do Poder pela burguesia iluminista do século XVIII.

O desenvolvimento da ideologia iluminista propiciou o questionamento do feudalismo e, conseqüentemente, da monarquia absoluta, ao colocar o homem no centro da dinâmica histórica, atribuindo-lhe o papel de agente do progresso. Ao lançar luzes sobre a escuridão do *Ancien Regime* desencadeou-se um movimento de profundas transformações sociais que culminou na destruição da Velha Ordem. Entre os valores supremos do iluminismo, além da educação e da assistência pública aos necessitados, encontra-se a ideia de supremacia da lei, para garantir uma sociedade mais humana e justa.

Na Revolução Americana de 1776, por exemplo, destacava-se a liberdade de auto-determinação de um povo no processo histórico de construção de uma nação independente. Na Revolução Francesa de 1789, a liberdade do indivíduo ante as arbitrariedades do Estado, tendo na igualdade princípio contraposto aos privilégios gozados pela nobreza. A revolução Americana e, posteriormente, a Revolução Francesa

simbolizam, portanto, o marco inicial do constitucionalismo moderno, embora alguns queiram ver essa origem na Magna Carta inglesa de 1215⁷.

Com a definição precisa do campo privado e do campo público, o indivíduo influenciado pelo ideal de liberdade espera que seja possível materializar seus anseios sem a intervenção direta do Estado. O conteúdo dos direitos fundamentais, nesta época, seriam os direitos individuais relativos à liberdade e igualdade. Nesse diapasão, sob a égide do paradigma liberal, compete ao Estado, por meio do direito posto, garantir a segurança das relações entre os indivíduos, ficando a busca da felicidade nas mãos de cada um deles. Dessa forma, a felicidade ou o bem estar do cidadão não dependia de políticas públicas lideradas pelo Estado, mas sim do esforço individual de cada um.

O Direito passa a ser considerado um ordenamento jurídico-constitucional, sendo consagrada a igualdade (formal) de todos perante a lei e a limitação do Estado pelo advento do Direito. Surgem ideias como o exercício das liberdades individuais, de que era possível fazer tudo aquilo que não fosse expressamente proibido por lei. Os indivíduos que outrora eram súditos, com o dever de cumprir as emanções estatais, passavam a contar com a elevação de sua dignidade pessoal à de sujeitos de direitos. Numa visão geral, durante o amadurecimento da concepção liberal são consagrados os direitos de primeira geração, ou seja, na esfera privada, o reconhecimento dos chamados direitos naturais, que serviam como certa limitação ao exercício do poder pelo Estado. Consagra-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos.

Com a derrocada do *Ancien Regime* o homem passa a se aproximar da democracia que, de acordo com as Cartas Constitucionais, passavam a gozar da proteção e concretização da dignidade da pessoa humana.⁸ Dessa maneira, os direitos passavam a ser relacionados com as liberdades públicas, fato que os elevou ao ápice da estrutura jurídica-política do Estado, e se tornava peça obrigatória na preservação e legitimação do poder político. Outro ponto importante para a concepção do Estado de Direito baseada nas aspirações de ordem liberal é a separação de poderes. Tal ideia já tinha como fundamento a prevenção por parte da sociedade quanto aos abusos do poder público, em razão do exercício das funções estatais. Além dos direitos da liberdade individual e da separação de poderes, surge com força o conhecido império das leis. Com observância estrita ao direito posto, buscou-se garantir ao indivíduo, além de outras prerrogativas, a segurança jurídica com respeito às regras.

Surge, então, a Constituição como base do sistema normativo de dada comunidade política, que passa a limitar a ação do poder público através do reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos

⁷ Partindo da ideia de um Estado Constitucional, como aquele que limita os poderes do Estado, organiza sua estrutura, distribui competências e declara e garante direitos fundamentais da pessoa humana, vamos encontrar uma de suas manifestações iniciais na Magna Carta de 1215, quando o Rei João Sem Terra, na Inglaterra, pressionado pelos proprietários ingleses, foi obrigado a reconhecer um texto de compromisso com os interesses reconhecidos então como direitos dos barões ingleses. Esse fato marca um ponto inicial do Estado Constitucional, que será a necessidade da limitação do poder do Estado por um texto legal maior que todos os poderes do Estado, reconhecendo direitos de outros grupos no ordenamento legal. Um segundo marco importante para a afirmação do Estado Constitucional serão as revoluções burguesas do século XVIII, na América do Norte, em 1776, e na França, em 1789, marcando passagem para um modelo de Estado liberal constitucional, em que o poder do Estado é limitado e os direitos fundamentais, na época apenas os direitos individuais e políticos, são declarados nas Constituições.

⁸ Bonavides, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44.

indivíduos. Nesse sentido, J. J. Canotilho a define como uma “*ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político*”.⁹ Sob os auspícios do Estado Liberal de Direito, todo aparato de garantias individuais passava a ter proteção constitucional. O texto constitucional passa a configurar, assim, um pacto social e político que vinculava tanto o comportamento do Estado de Direito quanto do cidadão titular de direitos.

A Constituição é compreendida como estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, no qual o poder político encontra seus limites e o Estado se legitima pelo Direito e pela representação popular. De Estado de Direito constrói-se a condição de Estado Constitucional. No sistema jurídico-político construído a partir do Estado Burguês, cabe ao Poder Legislativo elaborar as leis, atuação que lhe garantia certa condição de supremacia. Isto porque, ao Poder Judiciário cabia dirimir conflitos interparticulares, numa evidenciada posição subalterna perante o poder que competia produzir normas. Segundo Montesquieu, o Poder Judiciário ficava limitado a uma atividade mecânica, ou seja, “*la bouche de la loi*”.

Por fim, ao Poder Executivo incumbe a tarefa de implementar o Direito, gerenciando as atividades públicas que visam resguardar o interesse público e o respeito aos direitos individuais, zelando principalmente pela ordem e paz internas. Em síntese, pode-se afirmar que o paradigma do Estado Liberal de Direito traduz-se no fato de todos serem livres, proprietários e iguais. Trata-se, como visto, de um sistema fundado no império das leis, na separação de poderes e na declaração constitucional de direitos e garantias em favor dos cidadãos.

O Constitucionalismo no Brasil teve início em 1824, com a edição da Carta Constitucional Imperial com tradição liberal, que previa a existência de quatro poderes políticos¹⁰, a saber: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador. O texto constitucional outorgado de 1824 reconhece o governo monárquico, com na transferência hereditária do poder, constitucional e até mesmo representativo, adotando a religião católica como oficial do Estado¹¹, sem proibir as demais.

Mesmo adotando a teoria da irresponsabilidade do Estado, na medida que outorgava ao Imperador, representante do Poder Moderador, a atribuição de manter o equilíbrio entre as demais esferas de poder político, reconheceu formalmente por outro lado as garantias e direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros (artigo 179), a saber: o princípio da legalidade (*ou princípio da reserva legal*), liberdade de

⁹ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. pág. 48. Conforme salienta o constitucionalista de Coimbra, esse conceito de Constituição pode ser desdobrado de forma a captar as dimensões fundamentais que o incorpora. Dessa forma, têm-se: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*.

expressão, pensamento e culto, igualdade perante a lei, inviolabilidade de domicílio, direito de propriedade, inviolabilidade de correspondência, instrução primária gratuita, dentre outros¹².

A primeira Constituição Republicana, de 1891, consagra, em seu artigo 72, o respeito pelo Estado, e seu dever de proteção, no que se refere à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Além disso, ratifica os princípios da legalidade, estabelecendo que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e o da igualdade formal entre os cidadãos. Portanto, em ambos os textos constitucionais têm-se o reconhecimento do Estado de Direito, ou seja, além de manter o monopólio sobre a criação das leis que vão regular o convívio em sociedade, o Estado passa ter limites claramente definidos no Direito Constitucional, claro que respeitando a organização político-constitucional que caracterizava cada época.

Entretanto, conforme destacado pelo historiador José Murilo de Carvalho¹³, embora o texto constitucional de 1891 se apresentasse como instrumento jurídico avançado do ponto de vista formal, na verdade, se encontrava distante do contexto social da época, esse último marcado profundamente pela restrição demasiada dos direitos políticos e civis por conta do *coronelismo*¹⁴, assim exposto:

“O coronelismo não era apenas um obstáculo ao livre exercício dos direitos políticos. Ou melhor, ele impedia a participação política porque antes negava os direitos civis. Nas fazendas, imperava a lei do coronel, criada por ele, executada por ele. Seus trabalhadores e dependentes não eram cidadãos do Estado brasileiro, eram súditos dele. (...) O direito de ir e vir, o direito de propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física, o direito de manifestação, ficavam todos dependentes do poder do coronel”.

Não obstante, uma vez consolidado o regime republicano e o sistema constitucional, os demais textos constitucionais até o de 1988 tiveram variações que representavam a forma de governar predominante, havendo grandes intervalos de ditadura (Constituições de 1937 e 1967-69) e menores onde prevalecia o respeito ao ambiente democrático (Constituições de 1934 e de 1946). Em razão disso, para não ampliar o enfoque que pretendemos dar ao presente trabalho, as Cartas Políticas que sucederam a de 1891 sofrerão abordagem apenas naquilo que diz respeito ao estudo do mandado de segurança.

1.3. A Previsão Constitucional do Mandado de Segurança antes da Constituição de 1988

¹² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

¹³ José Murilo de Carvalho. *Cidadania no Brasil. O Longo Caminho*. 7ª Edição. Editora Civilização Brasileira. p. 56/57

¹⁴ Em sua clássica obra *Coronelismo, Enxada e Voto*, o jurista Vitor Nunes Leal define coronelismo como uma manifestação do poder privado – dos senhores de terras - que coexistiu com o regime político de extensa base representativa. Essa base representativa e de sustentação do poder privado mencionada dizia respeito à estrutura agrária do interior do Brasil, à época um país essencialmente agrícola. Significa dizer também que o coronelismo representa um compromisso firmado convenientemente entre o poder público, os chefes locais e os senhores da terra. Editora Alfa Ômega. 3ª Edição. 1976

A primeira Constituição Republicana Brasileira a abrigar o mandado de segurança foi a de 1934 que, em seu artigo 113, parágrafo 33, estabelecia a concessão de segurança “*para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade*”. A Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936¹⁵, indicou o mandado de segurança como ferramenta de controle sobre a atuação da Administração Pública, nos moldes de sua finalidade atual.

Embora excluído da Carta Constitucional de 1937, marcada pela restrição a direitos individuais consagrados anteriormente, o mandado de segurança retornou ao nosso ordenamento jurídico na Constituição de 1946, que por sua vez assegurou no artigo 141, parágrafo 24, que “*para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.*”

Não houve alteração na disposição essencial do mandado de segurança na Constituição seguinte, de 1967, apenas a inserção de delimitação que posteriormente seria ampliada pela Constituição de 1988. De acordo com o artigo 150, parágrafo 21, da Constituição de 1967, o mandado de segurança seria medida judicial a ser utilizada para proteger direito *individual* líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, independente da autoridade pública responsável pelo ato. Nesses termos, o mandado de segurança passava a ganhar contornos especiais frente às demais medidas judiciais, pois já representava em certa medida instrumento jurídico nuclear do ordenamento jurídico então vigente. A individualidade referida no texto constitucional deve ser interpretada como condição jurídico-política de todo e qualquer cidadão e não de uma pessoa ou grupo específico.

Entretanto, como consta dos relatos dos livros de história, a Constituição de 1967 foi antecedida pelo golpe de 1964, onde os militares passaram a adotar um regime de exceção, com sérias restrições às liberdades públicas, especialmente daqueles que se apresentavam como opositores ao sistema imposto. Assim, como qualquer outra medida formalmente reconhecida em favor do cidadão, o mandado de segurança não teve grande efetividade, notadamente se levar em conta que o ato impugnado deveria estar associado à titularidade de alguma autoridade pública.

Com a edição do Ato Institucional n.º 05 houve o rompimento da ordem constitucional vigente e adoção de sérias medidas governamentais de concentração de poderes nas mãos dos militares. Com o impedimento declarado do então Presidente Costa e Silva, o Poder Executivo (*Administração Pública*) passou a ser exercido pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo do novo texto constitucional promulgado em 1969. A Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969, manteve o conceito do mandado de segurança previsto na Constituição de 1967, em seu artigo 153, parágrafo 21, restaurando-se o enunciado de 1946.

¹⁵ Art. 8º, § 9º: Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do pedido, e decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável ao direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente, sobrestar ou suspender o ato aludido.

A Constituição Federal de 1988, como será visto, incluiu o mandado de segurança como direito fundamental, classificado por boa parte da doutrina como remédio constitucional, e acabou estendendo o campo de legitimação ativa¹⁶, pois essa medida judicial passa a tutelar também direito coletivo (e não apenas direito individual) e, por outro lado, inseriu como legitimado passivo¹⁷ qualquer pessoa que exerça atribuição ou função de Estado, expressão que passa a ser aplicada, por exemplo, aos concessionários de serviço público, pessoas estranhas à estrutura estatal.

Com essas lições buscamos, na verdade, ressaltar que junto com o nascimento do Estado de Direito idealizado por Montesquieu, nos séculos XVII e XVIII, surgiu a concepção que conhecemos hoje como *Controle Político*, sendo aquele que tem por base a necessidade de se manter um equilíbrio entre os poderes estruturais do Estado – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Neste controle, portanto, se estabelece a relação de freios e contrapesos, onde se busca evitar a superação de um poder pelo outro. Como fruto do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 2º a harmonia e independência entre os Poderes, além de outros dispositivos que simbolizam o controle estritamente político.

Assim, em tempos de *Estado de Bem Estar Social*, expressão que designa a postura prestacional (ou positiva) do Estado em garantir direitos individuais e sociais básicos para a sobrevivência digna do cidadão, o mandado de segurança se apresenta como medida judicial de extrema importância. A guisa de exemplo, vale citar a iniciativa cada vez mais recorrente de utilizar o mandado de segurança para garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, como ocorre nos pleitos de fornecimento de medicamentos em relação aos Estados-Membros e Municípios (modelo de petição).

Na medida em que o Estado Moderno se aproxima cada vez mais do cidadão, seja impondo aos particulares um comportamento na esfera privada, seja como garantidor de condições mínimas de sobrevivência, é normal, e até mesmo esperado, o surgimento de conflitos entre particulares e o Estado, tutor último do interesse público. Isto porque, na medida em que o Estado Social assume uma postura comprometida com as questões sociais foi sendo demandado um Poder Judiciário mais atuante como forma de obter respostas (ou medidas) que atenuassem os conflitos deflagrados entre os administrados e o Poder Público.

Sobre o processo como ferramenta de efetivação do direito, cumpre assinalar que a partir da Constituição Imperial de 1824 surge o reconhecimento da necessidade de se manter uma estrutura procedimental que permitisse o atendimento e proteção dos interesses individuais e sociais que se formavam, bem como da relevância de dotar o país de legislação condizente com a nova situação político-jurídica. Não é nenhum exagero afirmar que nos dias atuais a mesma necessidade que deu origem à estrutura judicial no Brasil persiste, claro que numa perspectiva muito mais abrangente e complexa proporcional à mutação das relações sociais. Portanto, a criação de mecanismos processuais como o mandado de segurança, que

¹⁶ Aqueles que têm a possibilidade de propor a medida.

¹⁷ Aqueles que podem ter seus atos questionados pela via mandamental.

possui regulamentação em legislação que garante a celeridade de sua tramitação, atual lei nacional n.º 12.016/2009, consolida a ideia de que o processo judicial é também marca registrada do Estado de Direito.

Em síntese, o *remédio heroico* denominado mandado de segurança vem se mostrando ao longo dos anos um instrumento eficaz contra atos do Estado que tenham como repercussão a violação de direitos individuais e coletivos garantidos em favor dos indivíduos, representando uma salvaguarda constitucional capaz de impedir abusos estatais, em estrita conformidade com a concepção de Estado de Direito. Ou seja, o Estado, como organização política dotada de personalidade jurídica, estruturada a partir de um sistema constitucional cujo eixo central são os *direitos fundamentais*, disponibiliza aos seus destinatários ferramenta que só poderá ser usada em casos de ameaça ou lesão ao direito líquido e certo, e que será apreciada pelo mesmo Estado, só que por uma de suas funções – qual seja – a *Judicante*.

2. Conceito e Natureza

Segundo a definição clássica do ilustre administrativa Hely Lopes Meirelles, mandado de segurança “é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a 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 (CF, art. 5º, LXIX e LXX)¹⁸”. Gostaríamos de complementar nesse momento que o mandado de segurança é conceitualmente, para não dizer originariamente, uma ferramenta de controle judicial sobre o funcionamento da Administração Pública, como será visto em capítulo específico.

Trata-se de medida judicial atualmente regida pela Lei Nacional n.º 12.016/2009, novel diploma que trouxe algumas inovações comparando-se à norma jurídica derogada, com características processuais que marcam sua imperiosa celeridade¹⁹. Mesmo sob a égide da Lei Nacional n.º 1.533/1951 o mandado de segurança se caracteriza por ser uma ação de natureza civil de rito sumaríssimo, com prazos decadencial e processuais reduzidos, sendo vedada fase processual que conceda às partes meios de dilação probatória, questões essas que serão enfrentadas nesse capítulo.

É importante deixar registrado que a aplicabilidade atual desse instrumento jurídico vai além da relação *Estado-Juiz vs. Estado-Gestor*, sendo admissível há muito pela doutrina e jurisprudência a impetração de mandado de segurança contra ato praticado por aqueles que assumem por delegação o exercício de atribuições de Estado, como é o caso dos concessionários e/ou permissionários de serviço público²⁰, e também contra ato jurisdicional em casos excepcionais.

Cabe ressaltar, de início, que o ato passível de impugnação via mandado de segurança não é apenas aquele que corresponde a uma *conduta positiva*, ou seja, uma ação de agente público que acabe violando direito líquido e certo de indivíduo ou pluralidade de indivíduos, como ocorre, por exemplo, na hipótese de desclassificação em concurso público de candidato que tenha preenchido os requisitos da lei e do edital. O *writ* pode ser manuseado também contra *conduta negativa* do Estado, ou seja, quando seus representantes deixam de praticar ato que preservaria direito reconhecido em favor do cidadão. Nas mais diversas atividades estatais que se relacionam à prestação de serviço público, a negligência de agentes

¹⁸ Mandado de Segurança – Editora Malheiros – 28ª Edição – págs. 21/22.

¹⁹ A preocupação com a celeridade do mandado de segurança encontra-se estampada em alguns dispositivos da nova lei. O artigo 20 da Lei 12.016/2009 estabelece, por exemplo, que os processos de mandado de segurança e seus recursos terão prioridade na tramitação sobre todos os demais atos judiciais, com exceção do *habeas corpus*. Quando a discussão em mandado de segurança chegar às instâncias superiores, o parágrafo primeiro do artigo 20 da lei determina a inclusão na pauta de julgamento da primeira sessão dos Tribunais. Como se vê, sem receio de redundância, pode-se dizer que a celeridade do mandado de segurança é direito líquido e certo daquele que entenda necessária sua manobra. Vemos nesses dispositivos completa harmonia com o direito fundamental e princípio constitucional da *razoável duração do processo*, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Embora o Diploma Maior não traga de forma positiva *qual* seria a duração razoável do processo, a constatação de sua obediência no caso concreto dependerá de interpretação seguindo critérios de hermenêutica.

²⁰ Súmula 510 STF – “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

públicos no exercício de suas funções pode representar ofensa irreparável ao direito individual ou coletivo.

Veja o seguinte exemplo: o artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal reconhece o direito fundamental a favor de todo administrado de exigir informação das entidades públicas, seja para a defesa de seus interesses junto à Administração, seja como exercício de seu papel de cidadão fiscalizador. Caso determinada entidade pública deixe de fornecer informação, ou exibir documento, formalmente solicitado pelo administrado e dentro de prazo estabelecido, estar-se-á cometendo ato atentatório ao direito líquido e certo amparado diretamente pela Carta Constitucional. Mas que prazo é esse?

Podemos encontrar a resposta na Lei Federal 9.784/1999, chamada lei do processo administrativo federal que, na ausência de norma específica nos Estados e Municípios, funciona como norma geral. O artigo 24 da mencionada lei estabelece que os atos do processo devem ser praticados no prazo de 05 (cinco) dias até o limite de 10 (dez) dias, mediante justificação (artigo 25). 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 um pronunciamento administrativo. Dessa forma, poderá ser ajuizado o chamado *mandado de segurança por omissão*²¹.

Para ratificar a importância de dispositivo constitucional nesse sentido, vale mencionar que existe previsão na Lei Nacional n.º 12.016/2009 para o caso da informação necessária à comprovação do direito do impetrante estar em poder de agente do Poder Público. De acordo com o artigo 6º, § 1º da mencionada lei, havendo dificuldade ou recusa no fornecimento de documento, seja pela autoridade coatora ou por qualquer outro agente público, o juiz ordenará imediatamente a remessa de ofício para que a informação seja disponibilizada no prazo de 10 (dez) dias. Entretanto, quando a autoridade coatora indicada no mandado de segurança for a mesma que detenha os documentos necessários à comprovação do direito a ordem de apresentação se fará no próprio instrumento de notificação. Ou seja, nessa hipótese a autoridade impetrada deverá, no mesmo prazo, prestar as informações e trazer aos autos o documento reclamado.

Note-se que a nova lei alargou o alcance do parágrafo único do artigo 6º da lei derogada (Lei n.º 1.533/1951), uma vez que passou a dispor de forma que também se aplique aos casos em que a prova se localizar em Repartição ou Instituição Pública, e não necessariamente com a própria autoridade coatora. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se em inúmeras oportunidades no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário substituir a Administração Pública na prática de ato administrativo cuja negligência se questiona. Por outro lado, ainda segundo jurisprudência da Corte Superior, caberá ao

²¹ A título ilustrativo transcrevemos ementa de decisão do STJ, publicada no dia 19 de abril de 2010, reconhecendo a possibilidade de impetração de mandado de segurança por omissão da Administração Pública em nomear candidato aprovado em concurso público dentro do limite vagas. “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE VAGA. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DO CARGO. COMPROVAÇÃO. DEMORA DA ADMINISTRAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE. ENCERRAMENTO. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXISTÊNCIA. 1 - Comprovada a existência de cargo vago e a necessidade e o interesse em preenchê-lo, a demora injustificada no trâmite das providências administrativas necessárias à nomeação fere o direito líquido e certo do candidato regularmente aprovado e classificado em certame público. 2 - Recurso provido”. (REsp. 653445/BA).

impetrante comprovar inequivocamente que a omissão decorre da ineficiência da Administração Pública no exercício de suas atribuições²². Nesse último caso, as omissões podem configurar, inclusive, crime de desobediência, caso tenha decisão judicial anterior determinando a obrigação de fazer consubstanciada na entrega de documento.

Vale aqui abordar a possibilidade do ato omissivo ser de responsabilidade do próprio Poder Judiciário. Para Hely Lopes Meirelles²³ é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho de cunho decisório – configuram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos a direito líquido e certo. Tratando-se de ato omissivo não é necessário, pois, que se trate de ato executório, porque o ato omissivo, em que não há esse caráter, também enseja a impetração do mandado de segurança. Arnoldo Wald entende que “*atualmente conhece-se de toda impetração contra atos judiciais (...) A evolução é sempre no sentido de se ampliar o campo de aplicação do mandado (...)*”²⁴.

Ora, como já dito aqui, a ilegalidade da omissão decorre da própria lei processual que ao estabelecer prazo para a resposta às informações certamente o fez pensando na urgência e na celeridade impostas à prestação jurisdicional, do contrário, restaria letra morta os preceitos processuais prevendo, por exemplo, o julgamento do mérito de um recurso no prazo máximo de 30 dias. Para o STJ, o mandado de segurança contra ato judicial é medida excepcional, cuja admissão está condicionada à natureza teratológica da decisão impugnada, por manifesta ilegalidade ou abuso de poder.²⁵

Há que se diferenciar, contudo, o ato judicial omissivo da decisão judicial. No caso de decisão judicial, aplicar-se-á a dicção acima esposada pelo STJ, segundo a qual só caberá mandado de segurança quando tratar-se de decisão teratológica ou proferida com abuso de poder ou, ainda, no caso de a decisão judicial atacada não comportar o vergastamento mediante recurso dotado de efeito suspensivo, v.g. o agravo de instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo ou a medida excepcional de suspensão da segurança. Nesses casos, sendo passível a decisão de ser atacada por um desses remédios jurídicos, de fato, não caberá mandado de segurança contra aquela decisão judicial.

No entanto, na hipótese de ato judicial omissivo, caberá sim a impetração. Diferentes os conceitos de decisão judicial e ato judicial omissivo, sendo esse o acima exposto, no qual o magistrado não cumpre determinado prazo processual para proferir decisão, ou deixa de se pronunciar no processo quando fixado prazo para tal ato. De todo modo, independente de ser por conduta positiva ou omissiva de autoridade pública ou delegatário de função pública, a viabilidade do mandado de segurança em juízo estará associada à capacidade do impetrante de revelar ao magistrado, através de prova documental, a *liquidez e certeza* do seu direito. Como será visto, na hipótese da ameaça ou lesão do direito do impetrante não puder ser comprovada através de prova previamente produzida (*pré-constituída*) o resultado será a

²² Mandado de Segurança n.º 10778 / DF (2005/0106675-4). Julgamento: 28/06/2006.

²³ Mandado de Segurança. 17ª ed. atualizada por Arnoldo Wald. [S.l.]: Malheiros, [s.d.].

²⁴ José Cretella Júnior. Comentários a Lei do Mandado de Segurança. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. p. 112.

²⁵ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 27501/SP.

inviabilidade desse remédio heroico, caso em que não se descarta a utilização de outra medida judicial que se revele mais adequada.

2.1. Liquidez e Certeza

Nos primórdios do surgimento do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico, notadamente com a entrada em vigor da Lei n.º 1.533/1951, a *liquidez* e *certeza* eram medidas com base na maior concreitude e clareza da lei. Nessa linha de raciocínio, seria líquido e certo o direito que pudesse ser facilmente observado na lei, redigida de forma precisa, levando o interprete à uma conclusão livre de qualquer tipo de dúvida, bastando ao interessado demonstrar seu enquadramento na hipótese de incidência prevista no texto legal.

Não significa dizer que com a evolução da ciência jurídica a boa técnica legislativa tenha se tornado prescindível. Mas deve-se reconhecer, por outro lado, que em tempos de *neoconstitucionalismo*, ou pós-positivismo, a criação ou reconhecimento do Direito não depende exclusivamente do papel desempenhado por nosso legislador. Vivemos na época em que o sistema tradicional de interpretação da norma passou a revelar-se insuficiente, uma vez que o caráter abstrato do texto normativo invariavelmente prejudica a atuação do juiz, que passa a ter papel fundamental na construção do Direito.

Para o consagrado constitucionalista Luís Roberto Barroso, o caráter extremamente abstrato da lei, marcada por conceitos jurídicos indeterminados, acabam por gerar uma maior liberdade do interprete. Segundo destacou o mencionado autor, as denominadas *cláusulas gerais* não possuem integralmente os elementos de sua aplicação, fato que transfere ao juiz a possibilidade de ir além do comando normativo, dando-lhe feições mais adequadas ao caso concreto. Ainda de acordo com Luís Roberto Barroso, “*a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance*²⁶”. Tudo isso mostra uma necessária mudança na concepção de direito líquido e certo, uma vez que, como visto, nem sempre é possível extrair da lei uma indubitável conclusão, o que aumenta a responsabilidade do juiz na observância de questões que, por imposição de lei, seguem um rito procedimental que não oferece espaço para grandes elucubrações.

A partir daí a jurisprudência e a doutrina passaram a adotar mecanismo que assegura a efetividade do mandado de segurança. Assim, a *liquidez* e *certeza* passaram a ser medidas pela possibilidade do lesado reunir previamente documentos que não deixem dúvida quanto ao direito invocado. Ou seja, no momento da distribuição do mandado de segurança é fundamental que a petição inicial esteja acompanhada de todos os documentos necessários à apreciação do juiz. A formação do convencimento do magistrado não poderá depender de nenhuma outra prova além daquelas que já integram os autos do mandado de segurança. Aliás, trazemos entendimento há muito consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal

²⁶ Luís Roberto Barroso. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Número 09 – março/abril/maio 2007. Acessível em: <http://www.direitodoestado.com>

de Justiça que descarta a utilização de mandado de segurança quando se torna imperiosa dilação probatória (como prova pericial, por exemplo), fato que afasta a “liquidez e certeza do direito” e, por consequência, a adequação da via mandamental. *In verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. REVALORIZAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Os Tribunais Superiores não podem reavaliar os elementos intrínsecos da prova e seu conteúdo no âmbito da instância extraordinária, mas estão autorizados a analisar a sua conformidade com as regras que, no ordenamento jurídico, disciplinam a prova, o ônus probatório e o cabimento da ação mandamental.
2. A questão debatida consiste em saber se, na via do mandado de segurança, o magistrado pode impor à autoridade coatora o ônus de provar a legalidade do ato impugnado. A Corte de origem concluiu que competia à autoridade impetrada comprovar que notificou previamente o infrator, a fim de possibilitar a aplicação da penalidade.
3. **O mandado de segurança é ação de rito especial em que se exige do impetrante a comprovação de plano do direito líquido e certo violado, não sendo admitida dilação probatória.**
4. **Ao entender que caberia ao ente público comprovar a legalidade da multa aplicada, o Tribunal *a quo* contrariou o princípio da presunção de legitimidade do ato administrativo, além da sistemática probatória da ação mandamental, que exige a comprovação do direito vindicado por meio de prova pré-constituída.**
5. Recurso especial provido”²⁷.

E, *a contrario sensu*, observa-se o seguinte posicionamento:

“TRIBUTÁRIO - ICMS - CESTA BÁSICA - MANDADO DE SEGURANÇA - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - IMPETRAÇÃO COM PRETENSÃO NORMATIVA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - INEXISTÊNCIA.

1. **Inexiste necessidade de dilação probatória quando os documentos apresentados com a inicial demonstram que o ato coercitivo atinge situação jurídica da contribuinte.**
2. As restrições ao creditamento integral previstas na legislação local, em relação às saídas de produtos com base de cálculo reduzida (cesta básica), não configuram violação ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. Questões acessórias prejudicadas.
4. Recurso ordinário não provido”²⁸.

²⁷ REsp 1172088/SP – Data de Julgamento: 07/10/2010.

Por outro lado, devemos destacar também que sendo a matéria posta em discussão pela via mandamental eminentemente de direito o mandado de segurança é perfeitamente admitido, pois não há que se falar em dilação probatória, e sim mera subsunção da norma ao caso concreto a partir de prova documental que coloque o impetrante simplesmente na condição de lesado ou ameaçado em seu direito, conforme decisão transcrita abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. JUSTO RECEIO CARACTERIZADO. VIABILIDADE.

1. Depreende-se dos autos que o *mandamus* que originou o presente recurso especial objetiva afastar regra contida na Lei Municipal 128/2003 — que supostamente determina a retenção do ISS quando o serviço for prestado a tomador localizado no Município de Goiânia/GO, independentemente do local da prestação ou da natureza do serviço —, em face da regra contida no art. 3º da LC 116/2003. **Nesse contexto, tratando-se de questão eminentemente de direito, que dispensa dilação probatória, e caracterizado o justo receio, revela-se viável a sua impetração na forma preventiva²⁹”.**

Dos argumentos expostos acima se vislumbram duas possibilidades: *primeira*, a prova documental apresentada pelo impetrante é suficiente para demonstrar a existência, ou não, de violação ao direito líquido e certo suscitado, hipótese que o juiz analisará o mérito da questão. Se existente a violação, a ação será julgada procedente para conceder a segurança. Caso inexistente, a ação será julgada improcedente para negar a segurança. Em ambos os casos haverá coisa julgada material, fazendo lei entre as partes, não sendo possível ajuizamento de novo mandado de segurança; *segunda*, o juiz pode entender que a prova documental apresentada pelo impetrante é insuficiente, o que nos conduz às outras duas hipóteses: ou os documentos acostados à petição inicial são incompletos ou para a correta análise há necessidade de dilação probatória, o que, como vimos, é incabível pela via mandamental.

Quando os documentos são incompletos o resultado será denegação da ordem sem análise do mérito. Aqui haverá coisa julgada meramente formal, circunstância que não inviabiliza distribuição de novo mandado de segurança, entendimento aplacado pelo artigo 6º, § 6º, da Lei 12.016/2009, dispositivo que permite a renovação do pedido de mandado de segurança dentro do prazo decadencial se a decisão denegatória não apreciar o mérito do anterior.

A discussão jurisprudencial reside quando o juiz entende que os documentos trazidos são insuficientes porque há necessidade de dilação probatória. Mesmo respeitando as posições contrárias, nessa circunstância consideramos que o resultado deverá ser também a denegação da ordem sem análise do mérito, na forma do artigo 10 da Lei n.º 12.016/2009 e artigo 267, I, c/c artigo 295, V, ambos do Código

²⁸ Recurso Ordinário em Mandado de segurança 31484 / MG – Data do Julgamento: 24/08/2010

²⁹ REsp n.º 946762/GO – Data de Julgamento: 21/09/2010

de Processo Civil. Ora, o artigo 19 da Lei 12.016/2009 dispõe sobre a possibilidade do impetrante utilizar outra medida judicial (que não o mandado de segurança) para buscar o reconhecimento de seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais em havendo denegação de mandado de segurança por inadequação da via eleita. Portanto, entendemos que se o juiz denegar a segurança julgando o mérito, mesmo considerando incabível o *writ* por necessidade de maior produção de provas, estará por óbvio fazendo juízo de valor sobre as mesmas, as quais, antes, declarara inexistentes.

Vale trazer à luz acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que apreciou a matéria na forma como expusemos acima. Se não vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA ATRAVÉS DA QUAL SE OBJETIVA A CONCESSÃO DE ORDEM QUE POSSIBILITE À IMPETRANTE REALIZAR ETAPA DE CONCURSO PARA O QUAL SE INSCREVEU E PARA A QUAL NÃO TERIA SIDO REGULARMENTE CONVOCADA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DOS FATOS RELACIONADOS AO DIREITO PLEITEADO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1) **Se a impetrante não logrou êxito em demonstrar a veracidade dos fatos relacionados ao direito pleiteado**, na hipótese, que foi efetivamente beneficiada pela retificação da classificação do concurso para o qual se inscreveu, o que a credenciaria a participar de fase posterior, para a qual não teria sido regularmente convocada, **conclui-se pela denegação da segurança, ante a ausência de condição da ação mandamental, qual seja, a demonstração do direito líquido e certo.** 2) **Extinção do feito sem resolução de mérito, de ofício, denegando-se a ordem**³⁰”.

³⁰ Apelação Cível n.º 0200402-17.2008.8.19.0001 – Data de Julgamento: 14/04/2010

3. Conceito de Autoridade Coatora

Historicamente, o mandado de segurança sempre representou um meio legítimo e eficaz de fazer valer, o cidadão, seus direitos e garantias frente ao arbítrio do Estado, como uma forma de imposição de suas liberdades individuais. Atualmente, vem surgindo com frequência demandas envolvendo, principalmente, questões de servidores públicos, aviltados na sua dignidade, segurados e contribuintes da previdência social, e administrados em geral, atingidos por uma política econômica e social iníqua em detrimento da sobrevivência e segurança das relações jurídicas.

No limiar dessas legítimas demandas mandamentais a Administração Pública tem criado, como via oblíqua de defesa, a cômoda barreira da arguição de ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora. Insta observar que o Poder Judiciário, não obstante merecedor de críticas, continua desempenhando bem o seu papel constitucional, qual seja a distribuição da Justiça e a promoção do bem comum, repudiando veementemente tais risíveis e infundadas arguições, conduzindo à conclusão de que o enfraquecimento do manejo da ação de garantia só interessa àqueles que, no poder, tendem a ferir direitos e garantias dos cidadãos.

Considerando a doutrina e a jurisprudência de nossos Tribunais, o mandado de segurança é o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo dos impetrantes. De acordo com o professor José Afonso da Silva, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição, p. 391, “o mandado de segurança é assim, um remédio constitucional com natureza de ação civil, posto a disposição de titulares de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”.

Em sede constitucional está o mandado de segurança, previsto e assegurado na Constituição Federal, no inciso LXIX, artigo 5º, o qual, recepcionando a Lei nº 1.533/51, torna a ação de ordem também uma garantia constitucional.³¹ Segundo Hely Lopes Meirelles³², “a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

E não se olvide que a insistente – e até irritante – alegação de ilegitimidade passiva sempre que se vê, a Administração Pública, diante de um mandado de segurança impetrado contra agente do Estado, implica diretamente ofensa e tentativa de afastamento da aplicação do preceito constitucional supracitado. Vale lembrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consubstanciado entre outros preceitos da Constituição no direito de petição, assegurado pela alínea “a”, inciso XXXIV, artigo

³¹ Art. 5º, LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

³² Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed. [S.1.]: Malheiros, [s.d.]

5º: “*são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*”.

Quando se fala, aqui, em ilegalidade ou abuso de poder, deve-se remeter o leitor ao inciso LXIX, supedâneo para impetração do mandado de segurança, que, uma vez ajuizado, será regido pela Lei nº 12.016/2009. Diante de tais garantias constitucionais, não se pode admitir, inerte, a constante alegação de ilegitimidade passiva, arguida por agentes públicos representados pela pessoa jurídica de direito público, a qual estão vinculados na defesa de seus atos impugnados pela via mandamental.

Com tal alegação, a Administração Pública vem bloquear, *ab initio*, o manejo e julgamento da ação de garantia, quando, em verdade, e de acordo com as normas jurídicas vigentes, deveria enfrentar o mérito da questão aduzindo suas razões para legitimar o ato da autoridade supostamente ilegal. Firly Nascimento Filho assevera que “*o acesso [à justiça] deve ser efetivo e material, o que significa dizer que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou legitimar a situação ofertada, em prazo razoável.*”³³ Não basta que o Poder Judiciário receba a demanda e garanta o direito de ação processual, ou seja, o direito abstrato de agir dirigindo-se ao órgão jurisdicional, ele deve também garantir a pretensão material, sob pena de nada adiantar a existência de garantia constitucional.

A questão é que as constantes alegações de ilegitimidade passiva desaguam na repugnante demora para a entrega da prestação jurisdicional, o que vem sendo tema de questionamento e discussão no mundo jurídico, restando ao Judiciário dirimir os problemas a fim de conciliar presteza e segurança jurídica.

Acerca da definição do que seja autoridade coatora apta a figurar no polo passivo da ação mandamental, dispõe o art. 1º da Lei 12.016/2009: “*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.*”

Já em seu parágrafo primeiro dispõe que: “*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*”. O parágrafo primeiro do art. 1º da Lei nº 1.533/51, assim dispunha: “*consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou órgãos dos partidos políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções.*”

³³ NASCIMENTO FILHO, Firly: Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil. In: Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Extraído do artigo jurídico de: MARCANTONIO, Guilherme Jacques: “Da garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060309guilhermemarcantonio_garantia.php. [s.d.]

Todavia, considerando a moderna processualística, tal conceito cede passo em sua literalidade em razão da complexa estrutura administrativa dos órgãos públicos que, confundindo o cidadão, pode levá-lo a erro de indicação, sem que isso importe necessariamente em óbice ao julgamento do *writ of mandamus*. Nesse diapasão, cabe trazer à baila eloquente e esclarecedor pronunciamento, ainda que em primeira instância, mas não menos importante, da lavra a MMA. Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Andréa Cunha Esmeraldo³⁴: “A orientação preponderante é no sentido de se considerar escusável eventual erro na indicação da autoridade coatora, para se viabilizar o exercício amplo da garantia constitucional do mandado de segurança, que não poderia restar prejudicado pelo desconhecimento, por parte do Impetrante, da complexa estrutura administrativa.”

Vale ainda a transcrição de trecho de uma sentença proferida em sede de mandado de segurança da lavra do também Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, MM. Juiz Federal Guilherme Bollorini Pereira³⁵, segundo o qual “*a alegação de ilegitimidade deve ser rejeitada. Com efeito, admitindo-se que todo servidor federal, para impetrar mandado de segurança, necessitasse fazê-lo em Brasília, sob a justificativa de que lá estaria centralizado o controle dos descontos efetuados em sua remuneração ou proventos, negar-se-ia à garantia do mandamus instituída pela Constituição da República*”.

E continua em sua sentença: “*A ação de mandado de segurança é meio constitucional posto à disposição do cidadão para a proteção de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade. A pretexto de incompetência da autoridade federal investida em cargo de direção da administração regional de pessoal, por haver sido centralizado procedimento de desconto em folha na capital da República, alega-se a ilegitimidade, que, se acolhida em casos como este, obrigaria o cidadão a procurar meios de contratar advogado para atuar em Brasília a fim de propor e acompanhar a ação*”.

Não se olvide de que tais entendimentos, justos e corretíssimos, têm supedâneo no chamado princípio da garantia da efetividade mínima do texto constitucional, a fim de dar plena efetividade à garantia prevista no art. 5º, LXIX. É certo ainda que autoridade coatora não é apenas a que, efetivamente, pode modificar o ato impugnado, mas também a que detém os meios para tal, no entendimento uníssono da jurisprudência. A manifestação que melhor traduz esse entendimento é a do Desembargador Federal Tourinho Neto³⁶: “*Autoridade coatora não é exatamente aquela que tem competência para corrigir o ato, mas aquela que dispõe de uma forma eficaz de cumprir a prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante*”.

Ainda que se possa alegar não ser, eventualmente, a autoridade impetrada legítima ou ideal para a consecução do implemento da ordem, *ela tem a obrigação legal de, recebendo uma ordem judicial, adotar as providências necessárias ao seu cumprimento*, ou seja, enviar ofício ou comunicação ao setor competente, informando a decisão e requerendo o seu cumprimento, conforme artigo 9º da nova lei. Inclusive, importante registrar que a não cumprimento dessa regra importará em crime de desobediência, segundo preceitua o artigo 26 da nova lei.

³⁴ In MS 97010170-1/RJ.

³⁵ Nos autos do MS 96.0073465-8/RJ.

³⁶ AMS 95.01.07451, DJ 2-24/6/95, p. 40.090 – Juiz Federal Tourinho Neto, TRF 1ª Região.

Embora a autoridade apontada não disponha de competência para corrigir diretamente o ato acusado inquinado de ilegal, modificando-o, *é de sua competência e dever de ofício encaminhar ao setor responsável e ao superior hierárquico* todas as ocorrências havidas no âmbito administrativo, v.g. ausências desautorizadas ao serviço, licenças sem vencimentos deferidas, férias etc., requerendo a criação de rubrica com os dados da alteração a ser processada. Também é sua competência e dever comunicar ao superior o recebimento de ordem mandamental para imediato cumprimento.

Assim, corroborando a dicção suso colacionada e esposada pelo Des. Tourinho Neto, *in casu*, a autoridade apontada não terá competência para corrigir o ato, mas terá meios legais de fazer cumprir a prestação jurisdicional entregue no mandado de segurança. Ainda nessa esteira, amolda-se a esse entendimento brilhante manifestação do ilustre Procurador da República e representante do *parquet* Federal, Rogério Paiva Navarro³⁷, que trata do mesmo tema aqui exposto. *Verbis*: “*Faz-se mister salientar a pertinência processual passiva da presente autoridade coatora. O mandamus sempre será dirigido contra aquele que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo judiciário, dispondo de uma forma eficaz para corrigir a apontada ilegalidade*”.

Por derradeiro, é bastante elucidativa a orientação do Egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região no julgamento da apelação em mandado de segurança nº 021132/RJ REG. 97.02.44263-0, 3ª Turma: “*A legitimidade é matéria que deve ser apreciada mesmo de ofício (267, VI e § 3º, do CPC). É legítima a autoridade que, executora do ato impugnado, teria meios e competência para cumprir a ordem determinada no writ*”.

Com efeito, ainda que errônea a indicação, não sendo configurando erro grosseiro, deve ser afastada a alegação de ilegitimidade passiva da autoridade.³⁸ Imaginemos a seguinte situação: um mandado de segurança em que os impetrantes são servidores públicos civis federais, pertencentes aos quadros do INSS – autarquia federal – sendo certo ainda que a autoridade impetrada na posição de ordenador de despesas é o responsável e controlador dos proventos dos impetrantes, tornando-se, pois, competente para proceder qualquer alteração nas folhas de pagamento.

Compete ainda à aludida autoridade, além de proceder às alterações em folha de pagamento, comunicar à autoridade superior no sistema de administração de pessoal (SIAPE), qualquer modificação em folha que lhe fuja à competência. Inexistindo, como se vê, motivo para a extinção do feito. Nesse sentido é a orientação da doutrina nas palavras de Hely Lopes Meirelles³⁹: “*Como pessoa jurídica do direito interno, autarquia traz insita, para consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque isto se ocorresse anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz*”.

³⁷ *in* MS 970101470-1.

³⁸ Informativo nº 291 do STJ.

³⁹ *in* *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. p. 302.

que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico”. É importante salientar que o mandado de segurança deve ser endereçado à autoridade que tenha meios de praticar o ato ordenatório do Poder Judiciário. Não se pode negar que o gerente executivo do INSS, além de meios, possui ainda poder para cumprimento da ordem, acaso deferida. Nessa esteira, não discrepa a orientação adotada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE PROVENTOS. LEGITIMIDADE.

I- Sem dúvida que a autoridade que representa o Ministro da Educação neste Estado, especialmente quanto à área de recursos humanos, é a indicada nos autos.

II- Em sede de direitos e garantias sociais, tanto a coação ou lesão ao direito do servidor pode ser afrontado por ato direto do detentor da pasta Ministerial, quanto seu representante nas regiões que o executa. (AMS. 97.02.19671-0/RJ, 1ª T. Rel. Desª. Julieta Lídia Lunz, j.28.04.98, DOU 20.08.98)

Nem se diga, pois, a autoridade apontada como coatora no caso supramencionado, não dispõe de meios para a consecução do *mandamus*, eis que, como se viu, é remansosa a jurisprudência acerca de tal possibilidade. Nesse sentido está a orientação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na linha decisória do Superior Tribunal de Justiça ao tratar do tema:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. MUDANÇA DO REGIME CELETISTA PARA O REGIME ESTATUTÁRIO. INSALUBRIDADE. CONTAGEM DO TEMPO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CABIMENTO.

1. O servidor que era regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, e passou a ser regido pelo regime estatutário da Lei nº 8.112/90, tem direito adquirido a averbação do tempo de serviço prestado em condições insalubres, na forma da legislação anterior.

2. No momento da edição da Lei nº 8.112/90 os impetrantes já haviam adquirido o direito ao acréscimo referente à insalubridade uma vez que já o recebiam. Tratando-se de mero fornecimento de certidão e de respectiva averbação do tempo de serviço, não ocorre prescrição do direito.

3. Irrelevante a disposição do artigo 40, parágrafo 4º, da CF/88, visto que se refere ao serviço prestado pelos servidores públicos, já que o referido artigo está inserido no Capítulo VII, que trata da administração pública, mais especificamente, na Seção II, que trata dos servidores públicos.

4. Precedentes do STF e STJ.

5. A própria autoridade impetrada deu-se por legitimada, na medida em que, ao prestar informações, defendeu o ato inquinado de ilegal sem arguir a sua ilegitimidade.

6. Apelação e remessa improvidas. Relator JUIZ ANTÔNIO CRUZ NETTO. Decisão por unanimidade, negou-se provimento à apelação e à remessa, na forma do voto do Relator”⁴⁰

E no STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. ILEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO. DIRETOR DA INSTITUIÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA PARA O MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO PARADIGMA QUE NÃO APRESENTA SEMELHANÇA FÁTICA. DESATENDIMENTO AO ART. 255 DO RISTJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida a espécie de agravo regimental que objetiva desconstituir a decisão de fls. 178/180, que negou seguimento aos embargos de divergência sob o argumento de que o aresto trazido como paradigma não apresenta identidade fática com o aresto embargado. A matéria controversa se refere à correta indicação, em mandado de segurança, da autoridade que possui legitimidade para fazer cessar tributação de imposto de renda, tida por ilegal, sobre valores recebidos a título de pensão por absolutamente incapaz. Os embargos de divergência da Fazenda Nacional aduzem que o aresto impugnado está em confronto com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual o diretor/administrador de órgão pagador de instituição pública que retém na fonte o percentual de imposto de renda, não possui legitimidade passiva em mandado de segurança que objetiva afastar a tributação ocorrida na fonte. No acaso em exame, indicou-se o diretor do Hospital dos Servidores do Estado (Rio de Janeiro) como autoridade coatora apta a fazer cessar a tributação de impostos de renda em numerário recebido por absolutamente incapaz (em razão de deficiência mental).

2. Todavia, a irresignação não merece acolhida, isso porque, na hipótese dos autos, apesar de haver sentença de interdição, reconhecendo a incapacidade absoluta do impetrante, com fundamento em texto expresso da Lei nº 8.687/93, a autoridade coatora – diretor do Hospital dos Servidores do Estado –, continuou a perpetrar a tributação do imposto de renda na fonte. É caso, como se verifica, de manifesto descumprimento, pelo agente público, de comando negativo inscrito em sentença e em disposição direta de lei. O acórdão embargado, proferido no julgamento do recurso especial, bem registrou a inteira possibilidade de a autoridade coatora interromper a prática do ato praticado ao arrepio da legislação.

⁴⁰ Tribunal Regional Federal – 2ª REGIÃO Classe: AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 58419 Processo: 2004.51.01.010985-0 - 5ª Turma Especializada – Data do Julgamento: 04/05/2005

3. O acórdão embargado, registre-se, demonstrou a inteira condição e possibilidade de a autoridade apontada coatora – diretor do Hospital dos Servidores do Estado – fazer cessar a prática do ato administrativo acoimado de ilegalidade.

4. O aresto paradigma, de outro vértice, examinando controvérsia estabelecida com entidade de previdência privada (Fundação Sistel de Seguridade Social), embora também tenha focado a questão da legitimidade passiva em mandado de segurança, solucionou a lide com fundamento em pressupostos diversos dos aplicados no aresto embargado, sendo notória a ausência no acórdão trazido a cotejo das peculiaridades fáticas que marcam a situação descrita no acórdão atacado pelos embargos de divergência.

5. Agravo regimental não provido⁴¹”.

Como se é de notar, mais uma vez se tem a clara noção do que deve ser interpretado como legitimado a responder a ação de ordem mandamental, sendo certo que a indicação da autoridade coatora não deve prender-se ao diretor do órgão ou ao superior hierárquico da autoridade que pratica o ato, mas sim àquela que de fato pratica o ato e ainda efetivamente, detém meios e condições de corrigir esse ato impugnado.

3.1. Inovações e alterações no Conceito de Autoridade na Lei n.º 12.016/2009

Pela detida leitura e exegese da nova Lei do Mandado de Segurança, observa-se que esta não trouxe grandes inovações no que tange à legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual. Verifica-se que o que fez a nova Lei no tocante a *legitimatio ad causam*, foi normatizar, tornar expresso o que já vinha sendo decido pela jurisprudência e entendido pela doutrina nos casos de silenciamento, quanto a legitimação, a lei revogada (Lei 1533/51).

Assim temos que autoridade coatora ou autoridade impetrada, na lei revogada, era qualquer autoridade que praticasse ato abusivo ou ilegal, ou ainda que ameaçasse lesar direito líquido e certo do impetrante; é o que restava disciplinado no artigo Primeiro da Lei 1.533/51:

“Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém 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”.

Já o parágrafo primeiro da mesma lei, com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.978/82, assim definia o conceito de autoridade coatora:

⁴¹ Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 496132 1ª Sessão - Data do Julgamento: 08/11/2006

“§ 1º - Consideram-se autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos dos Partidários Políticos e os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entender com essas funções”. (Redação dada pela Lei nº 6.978, de 1982)

Por seu turno, a Lei 9.259/96 havia dado nova redação ao parágrafo primeiro, excluindo do conceito de autoridade os representantes ou órgãos dos Partidos Políticos, ficando assim redigido o dispositivo:

“§ 1º - Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.”
(Redação dada pela Lei nº 9.259, de 1996)

Já a novel regra para interposição da Ação de Garantia, assim define:

“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”.

Aqui a nova lei inclui expressamente entre os sujeitos ativos também as pessoas jurídicas, estas não contempladas expressamente no artigo 1º da lei 1.533/51, que, simplesmente se referida a “alguém”; fato este, como já afirmamos, que já vinha sendo admitido com largueza pela melhor doutrina e jurisprudência, notadamente a do STJ, a quem cabe, por missão constitucional, uniformizar os entendimentos acerca das leis infraconstitucionais. Igualmente se pode notar que a nova lei não trouxe inovação, mas tão-somente normatizou e deixou expresso o que já se havia pacificado na prática forense, qual seja o fato de que também as pessoas jurídicas podem impetrar mandado de segurança.

Fez também a novel legislação, equiparar ao conceito de autoridade passível de figurar como coatora no mandado de segurança os representantes de órgãos e partidos políticos, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas e as pessoas naturais no exercício de função delegada do Poder Público, conforme abaixo:

“§ 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”.

Uma inovação trazida pela lei 12.016/2009 foi a impossibilidade de figurar no polo passivo aquele que, embora conceituado como autoridade nos termos da lei, praticar mero ato de gestão, comercial ou administrativa. Vejamos:

“§ 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”.

Ora, se não cabe mandado de segurança contra atos de gestão, a consequência lógica é que a autoridade que pratica tais atos, não está legitimada a figurar no polo passivo da relação processual. E ainda, outra inovação que já vinha sendo admitida pela jurisprudência foi a de considerar autoridade federal aquela cujos atos praticados gerarem consequências de ordem patrimonial pela União, no caso de concessão da segurança e procedência do pedido mandamental. Este fato jurídico restou assim insculpido na nova Lei:

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

Como ressaltado e bem colocado por Hely Lopes Meirelles, autoridade é toda pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Todavia, a questão da legitimidade não se exaure de forma tão simples. Ousamos discordar parcialmente do pranteado mestre administrativista, para afirmar que a pessoa física legitimada a figurar no polo passivo da relação processual, denominada autoridade coatora é mera representante processual da pessoa jurídica de direito público que representa ou a que está vinculada.

E isso em razão de que jamais se impetrará mandado de segurança para impugnar ato pessoal daquela autoridade enquanto despida do poder decisório inerente ao exercício de sua função pública, é dizer que sempre se estará impugnando um ato praticado por autoridade, mas em favor ou em nome da administração pública, jamais agindo a autoridade como particular. Daí nossa afirmação de que quem realmente figura no polo passivo da relação processual é a pessoa jurídica de direito público, representada pela autoridade que praticou ou detém meios de corrigir o ato vergastado.

3.2. Pessoa Jurídica de Direito Privado

Ainda Hely Lopes Meirelles, assevera que as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas pelo Poder Público têm plena legitimidade para figurar na relação processual no mandado de segurança, integrando o polo passivo. Igual entendimento, hoje pacífico, foi esposado pelo extinto Tribunal Federal

de Recursos⁴²: *"É hoje pacífica a admissibilidade de mandado de segurança contra diretor de estabelecimento particular de ensino superior, no exercício de função delegado do poder público"*

Restou então pacificada a questão coma edição do verbete 510 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: *"Praticado o ato por autoridade, no exercício de função delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial"*. Grifamos a palavra "ela" para *concessa máxima vênia*, discordar da redação da súmula, jamais do seu teor. Com efeito, ao dizer que contra ela (autoridade) cabe o mandado de segurança, se está personificando o ato na pessoa da autoridade. Assim, a impetração seria dirigida contra a autoridade e não contra o ato em si. Entendemos que a melhor e mais feliz grafia seria "ele" (ato) e não ela (autoridade). Desta forma a leitura da súmula seria, uma vez praticado o ato por autoridade (...) contra "ele" (ato) cabe mandado de segurança.

É que, como já afirmamos, a impetração visa desconstituir, impugnar um ato arbitrário, ilegal e lesivo ao direito subjetivo da parte, então, é dizer que o que deve ser impugnado é o ato em si e não a autoridade. Note-se que a melhor técnica processual recomenda a impetração nos seguintes termos *"(...) vem impetrar mandado de segurança em face(não contra) de ato praticado pelo Sr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro..."*. Dessarte, não há distinção entre ato praticado por autoridade pública e ato praticado por particular no exercício de delegação do poder público que seja de molde a obstar o manejo da ação de garantia, uma vez provada a certeza e liquidez do direito lesado ou ameaçado de lesão.

3.3. Pessoa Jurídica de Direito Público

Mais uma inovação foi a obrigatoriedade de constar no polo passivo além da autoridade impetrada, também a pessoa jurídica que a autoridade indicada integra ou representa.

Destarte, todo mandado de segurança impetrado a partir da edição da lei 12.016/2009 deverá indicar também a pessoa jurídica a qual pertence a autoridade coatora, e isto em razão de que, como afirmamos em nossa obra, a autoridade não pratica o ato em benefício próprio, mas ao contrário, o faz em nome da Administração ou da Pessoa Jurídica a qual integra. Eis a redação a qual nos referimos:

“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”.

Também o fez, a lei, no sentido de garantir a defesa judicial dos órgãos da Administração Pública, não deixando a argumentação contra a impetração apenas a cargo das informações prestadas pela autoridade impetrada, trazendo ao mundo jurídico a possibilidade de a Pessoa Jurídica intervir no processo, apresentando defesa, recursos, informações ou documentos que, a seu critério, julgar necessários para o

⁴² in RT 496/77:

deslinde da questão posta na ação mandamental. É o que estabelece o inciso II do artigo 7º da lei 12.106/2009:

“Art. 6º (...).

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

“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”.

Infelizmente, pecou a nova redação do parágrafo terceiro do artigo 6º ao não aproveitar a oportunidade de alargar o conceito de autoridade coatora, deixando-o restrito, como já restrito estava na Lei revogada. Mais uma vez ressaltamos que o conceito de autoridade pode e deve ser flexível, dando legitimidade passiva também àquela autoridade que embora não pratique ou ordene o ato, mas que, recebendo uma ordem mandamental, têm meios e condições de cumpri-la, corrigindo o ato inquinado de ilegal. Concluindo, podemos afirmar com firmeza que o conceito de autoridade coatora legitimada a figurar no polo passivo do mandado de segurança não foi substancialmente alterado pela nova lei, mas sim alargado, não com total flexibilidade como vem sendo entendido pela doutrina e jurisprudência.

4. Teoria da Encampação

Consiste em descaracterizar a alegação de ilegitimidade passiva manifestada em informações pela autoridade apontada coatora quando ela, em suas informações, não manifesta apenas sua ilegitimidade, mas adentra no mérito da impetração. Convalida-se, assim, sua legitimidade, aplicando-se a teoria da encampação.

Para que seja acolhida a teoria da encampação, o STJ⁴³ tem entendido que o reconhecimento dessa teoria no mandado de segurança exige a presença de três requisitos: 1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; 2) ausência de modificação e competência estabelecida na constituição federal; e 3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

Outra questão de relevo, mas que já restou pacificada no âmbito da Corte Superior de Justiça, é quando a autoridade indicada no polo passivo da demanda mandamental vem aos autos para arguir sua ilegitimidade e, ao mesmo tempo, defender a legalidade do ato. Nesse sentido, torna-se legítima para por ele responder. É o que restou assentado pela primeira seção no julgamento do mandado de segurança 4.085/DF. Vejamos: *“Para figurar no polo passivo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena, que determina ou pratica o ato, ou ainda a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora a posteriori, a posição de coator”*.⁴⁴

Igualmente elucidativa é a posição adotada pelo Ministro Luiz Fux ao julgar um caso concreto de arguição de ilegitimidade passiva onde se aplicou a teoria da encampação⁴⁵. Segundo ele, a despeito de o Secretário de Estado da Fazenda Pública do Distrito Federal ter prestado as informações pertinentes, o Tribunal *a quo* extinguiu o processo sem julgamento do mérito, sob o fundamento de ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora, ante a sua errônea indicação. Sob esse ângulo, é imperioso consignar que se admite ao juiz determinar a emenda à inicial, aproveitando o ato processual válido, bem como empreender pequenas correções de ofício, na hipótese de equívoco na denominação da autoridade coatora, como quando apontado como coator um diretor em vez do superintendente.

Confira-se o teor do voto: *“Destarte, em se tratando de uma ação civil de rito sumário especial, conforme conceitua Hely Lopes Meirelles, deve ser considerada a categoria e relevância processual do mandado de segurança, a fim de permitir ao juiz a citada correção, a uma: porque a ação mandamental é instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais, não subsumidos, por isso, a lei infraconstitucional; a duas: por que a estrutura dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, ante a sua complexidade, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na*

⁴³ Excerto da ementa do Mandado de Segurança n.º 12.779/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 3.3.2008.

⁴⁴ STJ 1ª seção, MS 4.085/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10.11.97.

⁴⁵ RMS 19378/DF, DJ 19/04/2007.

identificação da autoridade coatora; a três: em atenção aos princípios da efetividade e economia processual, que devem sempre nortear a atividade jurisdicional”.

Sobre o tema, trazemos valoroso texto de Antônio César Bochenek, *in Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*: “*Vislumbra-se, que em se tratando de legitimidade das partes e, por conseguinte, de condição da ação e logo matéria de ordem pública, melhor entendimento é que o juiz tenha a possibilidade da correção de ofício da indicação errônea, sobretudo para evitar que o autor tenha de entrar novamente com o instituto constitucional simplesmente para corrigir algo que, desde o início, já poderia ter sido corrigido (...)*”⁴⁶.

Quanto à natureza do mandado de segurança, algumas linhas já foram esboçadas, resumindo-se, apenas, a questão de ser ação com rito especial e de natureza cível-constitucional. Logo, ressalta-se a importância da celeridade do mandado de segurança, que, não sendo apreciado com a devida rapidez, tendo prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus* e *habeas data*, conforme estabelece a lei, perde sua função no ordenamento jurídico, ou seja, isso demonstra que o autor que litiga de boa-fé, ao se utilizar do mandado de segurança, tem em mente a prestação jurisdicional sem demora, evidentemente dentro dos casos em que a lei permite que seja cabível tal instituto, visto que, na maioria das vezes, aqueles que se utilizam do mandado de segurança o fazem porque estão na iminência de serem lesados ou já o foram.

Considerando a finalidade precípua do mandado de segurança – a proteção de direito líquido e certo – que se mostre configurado de plano, bem como das garantias individuais perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Consequentemente, ao deparar-se com a errônea indicação da autoridade coatora, o juiz deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Assim, não configurado erro grosseiro na indicação, é lícito ao juiz correções de ofício, a fim de que o mandado de segurança – enérgico instrumento constitucional de proteção aos direitos fundamentais – cumpra efetivamente seu desígnio. Ademais, verifica-se que o Secretário de Estado da Fazenda Pública do Distrito Federal, autoridade apontada pelas impetrantes como coatora, ao prestar suas informações, não se limitou a alegar sua ilegitimidade, mas defendeu o próprio mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, o que, segundo o entendimento da Corte, autoriza a aplicação da teoria da encampação, tornando-a legitimada para figurar no polo passivo do *mandamus*.

Como se pode notar, o voto da lavra do eminente Luiz Fux, Ministro do STJ, traz a aplicação da teoria da encampação como forma de rechaçar a recorrente alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* por parte das autoridades apontadas coatoras ao se depararem com um mandado de segurança.

⁴⁶ São Paulo: RT, 2002. p. 71/73.

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ENCAMPAÇÃO DO ATO ATACADO – LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA – RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM – RECURSO PROVIDO.

I- “Afigura-se pacífico o entendimento jurisprudencial segundo o qual a autoridade hierarquicamente superior, apontada coatora, que não se limita a alegar a sua ilegitimidade, mas defende o mérito da impetração, encampa o ato atacado, tornando-se legitimada para figurar no polo passivo da ação mandamental.” (RMS n. 14686/MG, DJ 28.03.2003, Rel. Min. Gilson Dipp)

II- *In casu*, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul, ao prestar informações no mandado de segurança, legitimou-se passivamente, pois muito embora tenha arguido a sua ilegitimidade, terminou por defender o ato impugnado.

III- Neste diapasão, os autos devem retornar à Corte *a quo*, para que o Tribunal local prossiga no julgamento da lide.

Recurso ordinário provido⁴⁷”.

Mais uma vez, verifica-se que a errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade *ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público. Portanto, nesse caso, não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, *a priori*, aparência de propositura correta.

De outra senda pode-se afirmar como conceito básico para aplicação da teoria da encampação aquele adotado pelo STJ, segundo o qual “aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatío ad causam* passiva”.⁴⁸ É de sempre se ter em mente que possui legitimidade passiva *ad causam* a autoridade que, ao prestar informações, defende o ato impugnado, encampando-o.

⁴⁷ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 19.782/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer – Data de Publicação: 18/09/2006.

⁴⁸ AGA 538820/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12/04/2004; RESP 574981/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25/02/2004; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001.

5. A Lesão Efetiva ou Ameaça de Lesão e os Efeitos da Sentença Mandamental

De acordo com a redação do inciso LXIX do artigo 5º da Carta Política, o mandado de segurança é uma ação judicial que reclama uma prestação jurisdicional sumária pelo próprio ofendido quando houver ameaça ou efetiva lesão de direito subjetivo, representadas pelas ilegalidades ou abuso de poder⁴⁹. Devemos começar nossa análise pela lesão efetiva, ou seja, quando o destinatário da ilegalidade ou abuso cometido pelo Estado socorre-se do Poder Judiciário.

Quando há efetiva lesão de direito subjetivo o objeto da ação mandamental é interromper a conduta positiva ilegal ou determinar a prática de ato cuja omissão revele-se abusiva. A intenção, portanto, é reverter situação concreta de mácula efetiva, obrigando o agente público e a própria Administração Pública a adotar postura que ceife imediatamente a ilegalidade. Dessa forma, a sentença concessiva da segurança tem caráter mandamental, uma vez que se configura uma ordem de caráter positivo, negativo ou permissivo para que a autoridade coatora, ou a entidade pública que sofrerá os efeitos da decisão, não pratique ato ou autorize a prática de ato cuja realização ou omissão agrediu direito subjetivo do impetrante. Importante notar que, de acordo com o artigo 14, § 3º, da Lei 12.016/2009, em regra, a sentença que concede o mandado de segurança tem execução imediata (ou provisória), apesar da sujeição obrigatória ao reexame do duplo grau de jurisdição (artigo 14, § 1º).

Por outro lado, a disciplina do mandado de segurança alberga situações de risco de lesão a direito subjetivo do administrado. Trata-se de modalidade de controle preventivo dos atos estatais. Assim, estará configurado justo receio de violação de direito a hipótese de ameaça concreta, amparada em fatos documentados, exigindo do juiz uma intervenção capaz de evitar a agressão estatal. Observe que a antecipação do impetrante é para garantir a integridade de seu direito, caso contrário, possivelmente, o socorro intempestivo do Poder Judiciário se revelaria estéril, caindo por terra a essência desse direito fundamental.

A ameaça configura elemento objetivo que tem condições de gerar o fundado receio, esse último tido como elemento subjetivo. É oportuno nesse momento recorrer às características (ou atributos) dos atos administrativos para ilustrar a importância do mandado de segurança como meio de inibição preventiva das ilegalidades perpetradas pelo Estado. A doutrina administrativa costuma elencar basicamente três características dos atos administrativos: a *presunção de veracidade e legitimidade*, a *imperatividade* e a *auto-executoriedade*.

⁴⁹ Com base na súmula 269 do STF, a lesão a direito subjetivo do administrado mencionada na Constituição Federal não autoriza a utilização do mandado de segurança como meio de cobrança de créditos em relação à Administração. Isso não significa dizer, por outro lado, que o *mandamus* não poderá ter caráter econômico. Mas, colocando a questão em outras palavras, o entendimento é no sentido de mesmo que a Administração Pública se coloque em situação de inadimplência, por exemplo, junto ao seu contratado (artigo 78, XV, da Lei n.º 8.666/93) e mesmo que essa dívida seja líquida, certa e exigível, o mandado de segurança não representa via adequada ao alcance do crédito.

A primeira delas decorre do princípio da legalidade, base do Estado de Direito, que para nosso estudo significa a necessidade da Administração Pública agir de acordo com os preceitos legais. Parte-se, então, da premissa *juris tantum* de que os atos administrativos, praticados pelos representantes do Estado e fiéis defensores da estrita legalidade, são presumidamente verdadeiros e compatíveis com a ordem jurídica. Assim, além de permitir a imediata execução do ato administrativo, essa característica tem como importante consequência a inversão automática do ônus da prova em desfavor de seu destinatário – administrado – quanto à demonstração de possível ilegalidade. Para Hely Lopes Meirelles, “*a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia*⁵⁰”.

A imperatividade é marca registrada dos atos administrativos que surgem a partir da imposição unilateral de vontade por parte da Administração Pública, postura fundamental ao papel de gestora do interesse público. Portanto, em circunstâncias peculiares, como no exercício do Poder de Polícia ou na aplicação de sanção fruto do Poder Disciplinar, a Administração não necessitará de anuência do administrado para exigir o cumprimento de determinado ato. Em situações hipotéticas, seria o caso da Administração Pública multar um motorista infrator (Poder de Polícia Repressivo) ou demitir um agente público agressor, obviamente depois de garantir o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo disciplinar. Em tais situações os atos do Estado produzirão regularmente seus efeitos jurídicos independente da concordância dos destinatários.

A auto-executoriedade é, por sua vez, a desnecessidade da Administração Pública lançar mão de chancela dos demais poderes, notadamente do Poder Judiciário, para agir dentro de seu escopo precípua de proteger o interesse público. Nas palavras do autor Marcio Pestana, tal característica “*permite que a Administração Pública objetive o cumprimento efetivo da obrigação por ela estabelecida (naturalmente, assim o fazendo de acordo com a lei), socorrendo-se, ou não, da interferência do Poder Judiciário*⁵¹”. Seria, por exemplo, a decisão da Administração de demolir prédio em ruínas, desde que amparada em informações técnicas que dêem conta da *adequação e necessidade* de tal medida em relação à lei que lhe autoriza⁵².

Levando em consideração que existem atos administrativos revestidos de generalidade⁵³, e dotados das características indicadas acima, caberá àquele que sentir ameaçado no seu direito recorrer ao Poder Judiciário com o fito de impedir a concretização do ato pela Administração Pública. Vejamos: na hipótese de criação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – de uma nova exigência para emissão de licença (ato administrativo) das empresas que atuam com fabricação de medicamentos. Caso exista a possibilidade de demonstrar a ilegalidade da medida, através de prova pré-constituída, a empresa

⁵⁰ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Edição. Editora Malheiros. pág. 158

⁵¹ Marcio Pestana. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª Edição. Editora Campus Jurídico. pág. 277

⁵² A *adequação e necessidade* constituem elementos que integram o Princípio da Proporcionalidade, utilizado como critério de hermenêutica a orientar o administrador público na prática de atos administrativos que produzam efeitos na esfera privada do indivíduo. A *adequação* seria a análise da relação ‘causa e efeito’, ou seja, a verificação pelo interprete do direito se a medida pretendida atende a finalidade almejada pela Administração, enquanto a *necessidade* associa-se à menor onerosidade possível da medida em relação ao destinatário do Estado – qual seja – o administrado.

⁵³ Capacidade de alcançar um número indeterminado ou determinável de pessoas.

X poderá postular manifestação do Poder Judiciário baseada na ameaça que sofre em ter seu licenciamento comprometido.

Em suma, o mandado de segurança é preventivo quando existente ou em vias de surgir situação concreta que representaria prática de ato estatal arbitrário e que claro não tenha ainda produzido efeito, restando, apenas, o justo receio de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. Desta feita, a prevenção é destinada a evitar a lesão ao direito consagrado e pressupõe a existência da possibilidade de configuração de situação concreta.

5.1. Pedido Liminar

Com finalidade de combater a crise de efetividade do processo civil, em diversos momentos, nosso ordenamento jurídico disciplina as hipóteses de tutela de urgência ou medidas cautelares, citadas aqui apenas aquelas que se enquadram na disciplina do Direito Processual Civil. Em linhas gerais, são entendidas como provimentos judiciais adotados antes da prolação da decisão terminativa com base em requisitos legais e, em certas condições, antes mesmo da manifestação da parte contrária (*inaudita altera parte*), com o objetivo de preservar circunstância jurídica ameaçada. Em síntese, seria o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de que em dados momentos uma eventual demora na entrega definitiva da prestação jurisdicional poderá acarretar danos irreparáveis ao lesado, fato que tornaria a atuação judicial inócua.

Especificamente em relação à liminar, em termos processuais, representa decisão judicial proferida *in limine litis*, ou seja, assim que o processo tem início. Para demonstrar que não se trata apenas de uma definição doutrinária devemos recorrer ao Código de Processo Civil. O artigo 461, § 3º, estabelece, *v.g.*, que é lícito ao juiz conceder tutela *liminarmente* desde que relevante o fundamento da demanda e presente justificado receio de ineficácia do provimento final. Na mesma linha, o artigo 804 do Código de Processo Civil permite ao juiz conceder medida cautelar, *sem ouvir o réu*, quando verificar que ele, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, exatamente o que estabelece o artigo 928 do mencionado diploma, entretanto tratando-se de expedição de mandado liminar que vise a manutenção ou reintegração da posse desde que a petição inicial esteja devidamente instruída. Como em matéria de mandado de segurança o 'réu', ou a outra parte, é agente público, há certo cuidado do legislador em oferecer esse tipo de mecanismo processual porque, no final das contas, os efeitos da decisão recairão sobre a própria Fazenda Pública.

Não há dúvida, portanto, que a liminar em mandado de segurança possui o escopo de antecipar os efeitos de eventual sentença de procedência do pedido, fato que revela seu cunho satisfativo no que tange à tutela pretendida. Não há dúvida que a concessão de liminar está associada à ideia genérica de poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico ao julgador por força do artigo 798 do Código de Processo Civil, que estabelece a possibilidade de adoção de medidas provisórias adequadas quando haja fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação. Temos que mencionar, por outro lado, o entendimento do

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, que associou a medida liminar em mandado de segurança à decisão de antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil. Vejamos:

"Não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeito da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código. Quem lhe nega esse caráter antecipatório, geralmente parte do pressuposto equivocado de que antecipação é o mesmo prejudgamento da causa. (...) Também a antecipação prevista no art. 273, I, do Código de Processo Civil, não constitui prejudgamento da causa, nem afirma ou retira direito algum, e nem produz efeitos jurídicos definitivos; e ela também tem por finalidade apenas acautelar direito ameaçado por risco de dano. Tais circunstâncias, contudo, de modo algum comprometem sua natureza antecipatória, pois o que fixa tal natureza é o conteúdo da medida, e não a sua finalidade. Quanto à finalidade, há identidade entre a medida cautelar e a antecipatória, já que ambas, em última análise e a seu modo próprio, visam a preservar a utilidade da função jurisdicional. Na espécie do art. 273, I, para afastar o perigo de comprometimento ao processo, a técnica utilizada é a de antecipar, em caráter provisório, algum efeito executivo decorrente da futura sentença, sem que isto, obviamente, importe prejudgamento da causa⁵⁴".

Sabe-se que o pedido liminar em mandado de segurança tem por objetivo na maioria dos casos suspender os efeitos de ato administrativo aparentemente ilegal ou evitar sua prática quando representa ‘aos olhos do magistrado’ lesão grave ou de difícil reparação, sendo resultado de seu livre arbítrio, baseado no poder geral de cautela que lhe é outorgado pela legislação processual⁵⁵. Não obstante os argumentos até aqui alinhavados, cumpre salientar outros dois requisitos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como fundamentais na orientação do juiz no momento de apreciação do pedido liminar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Segundo a clássica doutrina de direito processual, a expressão latina *fumus boni iuris*, traduzida literalmente como ‘fumaça do bom direito’, designa a demonstração pelo impetrante da existência aparente do direito invocado. Não se trata, todavia, de cognição definitiva (ou de mérito) da causa, apenas um exame perfunctório. Tal requisito parte do pressuposto de que a busca por medida judicial urgente torna necessária tão somente a constatação da existência de plausibilidade do direito, com base nas

⁵⁴ Teori Albino Zavascki. *Antecipação da Tutela*. 2ª Edição. Editora Saraiva. pág. 53.

⁵⁵ O processualista Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Processo Cautelar*, ratifica o entendimento pelo qual o poder geral de cautela baseia-se na concepção de que a qualquer momento poderá surgir a necessidade de a parte solicitar do juiz providências acautelatórias, assecuratórias, não indicadas especificamente na legislação processual. Assim, diante da presença do risco de lesão grave ou de difícil reparação, o juiz está autorizado a intervir antecipadamente. (*Processo Cautelar*. 22ª Edição. Editora Universitária de Direito. pág. 94)

alegações⁵⁶ e provas documentais inicialmente trazidas pelo demandante, e não a comprovação efetiva do direito substancial.

Esse primeiro requisito não está presente apenas no mandado de segurança, sendo utilizado também como critério de interpretação nas medidas cautelares. Ao comentar sobre o *fumus boni iuris* aplicável às medidas cautelares, o processualista Alexandre Freitas Câmara destaca que “*cabe ao Estado-Juiz, portanto, verificar a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante, para que se torne possível a concessão da medida cautelar. É de se referir, aliás, que o fumus boni iuris estará presente, no caso concreto, toda vez que se considerar provável que as alegações de fato feitas pelo demandante venham a ter sua veracidade demonstrada no processo principal*”⁵⁷. De acordo com os ensinamentos acima transcritos, verifica-se que com base num o juízo de probabilidade, pautado em alegações e documentos, e no risco de inefetividade da medida judicial após seu resultado final para que o Judiciário conceda liminar.

E é exatamente em relação ao risco de inefetividade da medida judicial após decisão de mérito que encontramos o *periculum in mora*, expressão traduzida livremente aqui como o ‘perigo da demora’ (da atuação do Poder Judiciário). Assim, segundo entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, *periculum in mora* se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar que o provimento judicial final não tenha mais eficácia. É um critério, portanto, que está associado à questão temporal que inevitavelmente pode comprometer a preservação do direito.

De acordo com o autor Humberto Theodoro Júnior, “*para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela*”⁵⁸. Esse fundado temor pode ocorrer quando haja risco demonstrável de perecimento ou destruição de pessoas, bens, provas ou direito. Como destacado anteriormente, existe uma conexão clara entre o artigo 798 do Código de Processo Civil e os elementos que fundamentam a medida liminar. Quando o legislador destacou o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito da parte no artigo 798 do CPC tem-se que não é um simples estado de espírito do requerente, que não pode se basear em dúvida subjetiva ou de foro íntimo, e sim uma situação objetiva, ou concreta, demonstrada pelo interessado de forma segura⁵⁹.

Aliás, não é exagero mencionar que o *periculum in mora* está consagrado na Constituição Federal, numa leitura muito além das medidas cautelares, como Direito Fundamental. No artigo 5º, LXXVIII, temos que a pessoa física ou jurídica, em âmbito judicial ou administrativo, tem direito subjetivo à duração razoável do processo, o que evidentemente representa uma preocupação, ainda que sob o aspecto meramente

⁵⁶ É inevitável, e correta, a associação que se faz ao requisito de antecipação de tutela previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil – qual seja – a verossimilhança das alegações. Esse corresponde a uma percepção (ou interpretação) de verdade aparente naquilo que é exposto. É claro que esse requisito, analisado de forma isolada, não resultará em qualquer pronunciamento do julgador, pois dependerá da presença de outros elementos, como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, I, CPC).

⁵⁷ Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 3ª Edição. Editora Lúmen Júris. pág. 31.

⁵⁸ Humberto Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume II. 39ª Edição. Editora Forense. pág. 476.

⁵⁹ *Ibidem*. pág. 476

formal, com o perecimento do direito do jurisdicionado em razão de demora no provimento jurisdicional. Ainda que seja um princípio constitucional aplicável aos provimentos administrativos e judiciais de forma ampla, ou genérica, sua consagração revela o caminho irreversível tomado pelo ordenamento jurídico na previsão de medidas que tendem a tornar o processo um instrumento mais efetivo. E isso, obviamente, depende do papel fundamental do juiz ao analisar os casos concretos.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila decisão de relatoria do Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar pedido liminar em mandado de segurança por omissão, conforme abaixo:

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PROVA DO ENADE. PORTARIA N.º 1059/2009. PEDIDO DE DISPENSA. PRAZO PARA ANÁLISE POSTERIOR À DATA PREVISTA PARA A COLAÇÃO DE GRAU. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A medida liminar mandamental reclama fundamento relevante e periculum in mora, em face de ato emanado de autoridade ou executado por autoridade, à qual o impetrante indicou.

2. A Portaria n.º 1.059/2009 estipula o dia 26.03.2009 para a divulgação das decisões relativas aos pedidos de dispensa da prova do ENADE, ocorrida em 08.11.2009.

3. In casu, a ausência de análise do pedido de dispensa da prova do ENADE/2009, formulado ao Ministro de Estado da Educação, impedirá a impetrante de participar da colação de grau do Curso de Direito, a qual se realizará em 07.01.2010, e, a fortiori, de realizar a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, mercê de aprovada na Prova Prático-Profissional, expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, divulgada em 16.11.2009 (fl. 22/24).

4. Ademais, o atestado médico colacionado aos autos (fl. 15) comprova que a impetrante fora acometida de intoxicação alimentar (fl. 15), na data da realização da prova do ENADE, necessitando de repouso domiciliar por 03 (dias), fato consubstanciador de justa causa.

5. Nada obstante, é vedado ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça imiscuir-se na atividade administrativa interna corporis das instituições de ensino superior para autorizar que a aluna, ora impetrante, participe da colação de grau.

6. Liminar deferida parcialmente, apenas, para determinar que o Ministro de Estado da Educação, por meio de órgão próprio, promova à análise do pedido de dispensa da prova do ENADE formulado pela impetrante, no prazo de 48 horas.

7. Agravo Regimental desprovido⁶⁰”.

⁶⁰ Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º14894/DF – Data de Julgamento: 24/03/2010

6. Limitações ao Uso do Mandado de Segurança

Inicialmente cumpre estabelecer as vedações legais que estão postas no artigo 5º da Lei 12.016/2009, veja-se:

“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.

É preciso compreender que o motivo das vedações elencadas no dispositivo acima transcrito, que em parte eram contempladas na lei derogada, se encontra no Direito Constitucional e no Direito Processual. Nas hipóteses dos incisos I e II entendemos que o conteúdo da vedação está associado a uma das condições da ação previstas no artigo 267 do Código de Processo Civil: *interesse de agir*⁶¹. O argumento para tanto é simples. Como vimos anteriormente, o mandado de segurança tem como propósito inibir preventivamente ou coibir repressivamente a prática de ato ilegal ou abusivo pelo Estado ou por seus delegatários que represente ameaça ou lesão a direito líquido e certo. Quando o administrado se depara com alguma ilegalidade estatal, a rigor, ele tem duas opções imediatas de medidas, podendo apresentar impugnação na esfera administrativa ou, se preferir, impetrar um mandado de segurança, mesmo sem ter se manifestado administrativamente.

No caso da impugnação administrativa fracassar, segundo o artigo 56 da Lei n.º 9.784/1999, o interessado poderá interpor recurso administrativo direcionado à autoridade competente visando o reexame da matéria. Tal mecanismo de controle é fruto do exercício da autotutela da Administração Pública⁶², que na nova ocasião poderá manter ou reconsiderar a decisão tomada em primeiro grau. Pela disciplina da Lei n.º 9.784/1999, em seu artigo 61, o recurso administrativo em regra tem efeito devolutivo⁶³, ou seja, a decisão impugnada produzirá efeitos imediatamente após sua prolação, tendo em vista a presunção de veracidade e legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade dos atos administrativos que estudamos anteriormente.

Entretanto, a própria Lei do Processo Administrativo Federal, em seu artigo 61, parágrafo único, excepciona os casos em que houver risco de dano irreparável ou de difícil reparação devidamente

⁶¹ Para Alexandre Freitas Câmara interesse de agir “é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade da tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado’. Fale-se, assim, em ‘interesse-necessidade’ e em ‘interesse-adequação’. A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir”. (Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I – 6ª Edição – Editora Lúmen Júris. pág. 111)

⁶² Súmula 473 do STF – “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

⁶³ A decisão ou ato administrativo só deixará de produzir efeitos caso a autoridade provocada pelo recurso modifique a decisão e ‘devolva’ a matéria para ser cumprida pelas estruturas administrativas subalternas.

comprovado pelo administrado para que o recurso administrativo seja recebido também no *efeito suspensivo*. Ou seja, nessa hipótese a decisão administrativa desfavorável ao administrado não produzirá efeitos e ficará pendente até a manifestação definitiva da Administração Pública. Portanto, não havendo produção de efeitos da decisão (ou ato administrativo) considerada ilegal não há também ameaça ou lesão a direito a justificar a manobra do mandado de segurança.

Vale mencionar ainda que quando da vigência da vetusta norma reguladora – Lei n.º 1.533/1951 – o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 429 que consolidou entendimento pelo qual a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade. Repare que o Pretório Excelso se refere ao fato do recurso administrativo estar pendente de julgamento e que, com a demora do resultado, o interessado fique à mercê da Administração Pública aguardando uma solução administrativa que pode levar algum tempo. De qualquer forma, a princípio, não identificamos conflito entre a vedação contida no artigo 5º, I, da Lei n.º 12.016/2009 e o mencionado enunciado jurisprudencial, cabendo por enquanto aguardamos posicionamento da Corte Constitucional a esse respeito.

No caso do inciso III do artigo 5º da Lei n.º 12.016/2009, a preocupação do legislador foi com a imutabilidade da coisa julgada. Pelas lições de Direito Processual, sabemos que coisa julgada se divide em *material e formal*. Não obstante a distinção de alcance meramente processual, deve-se destacar apenas a finalidade da imutabilidade da coisa julgada que visa a manutenção da ordem jurídica e a estabilidade das relações processuais. O Diploma Processual Civil, no artigo 467, define a coisa julgada material, quando dispõe que se denomina coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Desse modo, quando há trânsito em julgado de decisão judicial sabemos que a regra é de perenidade da solução aplicada pelo Poder Judiciário, ou seja, aquilo que ficou decidido se torna inatacável. Ora, a justificativa é impedir que os conflitos se prolonguem eternamente, fato que traria um ambiente de total insegurança jurídica e esvaziaria a própria essência da função estatal de garantia da Justiça. A relevância desse instituto processual para o equilíbrio da ordem jurídica está estampada na própria Constituição Federal que, em seu artigo 5º, XXXVI, garante que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A despeito de existir em nossa doutrina processualista discussão sobre o alcance da coisa julgada, importa aqui mencionar que uma vez decidida a questão pelo Poder Judiciário o mandado de segurança, assim como qualquer outra ação, não poderá resgatar o mérito para uma nova solução. Entretanto, vale destacar aqui, a título meramente ilustrativo, a existência de ação judicial criada com o propósito excepcionalíssimo de atacar a coisa julgada com base em rigorosos critérios definidos em lei – qual seja – *ação rescisória*, prevista no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Via de regra o mandado de segurança como remédio constitucional tem utilização e aplicabilidade em quase todos os ramos do Direito, até mesmo porque somos adepto de corrente doutrinária que defende

que os direitos e garantias constitucionais fundamentais não podem ser interpretadas restritivamente. Sabemos, por outro lado, que haverá limitação à sua utilização em razão de já haver na legislação instrumentos processuais específicos capazes de produzir os mesmos efeitos ou, quando não, capazes de dirimir as questões processuais de forma eficaz sem desafiar o manejo da ação mandamental.

No Direito Penal, tem-se na súmula 701⁶⁴ do Supremo Tribunal Federal o afastamento de qualquer dúvida quanto à possibilidade de impetração de mandado de segurança no processo penal, que na boa parte das vezes é manejado pela acusação. Por outro lado, como já mencionado, o súmula 267 também do Pretório Excelso estabelece que "*não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição*". Fazendo uma análise de ambos os enunciados, que não foram revistos por conta da entrada em vigor do novel diploma regulador no mandado de segurança, tem-se que é cabível o *writ* contra decisão judicial, inclusive de processo penal, mesmo em decisão que caiba recurso, desde que não tenha efeito suspensivo e, por consequência, não seja capaz de evitar um dano irreparável ou de difícil reparação. Veja aí que o mandado de segurança serviria, por exemplo, para postular a concessão de efeito suspensivo ao recurso que por regra deve ser recebido em efeito devolutivo.

No Direito do Trabalho, a presença do mandado de segurança é bastante acentuada. Tal circunstância se deve principalmente ao fato de que o recurso cabível na fase de execução da sentença não possui efeito suspensivo, além de sua manobra ser absolutamente criteriosa, conforme disposições do artigo 897 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Assim, caso o executado no processo trabalhista aponte ameaça ou violação de direito líquido e certo, consubstanciada no fundado receio de grave prejuízo a ser causado por medidas de constrição de bens típicas da fase executória, poderá socorrer-se do mandado de segurança.

No Direito Eleitoral sua utilização se dá basicamente em todo processo eleitoral, que se divide basicamente em quatro fases: preparatória, votação, totalização e diplomação. Aliás, o próprio Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/1965), ao distribuir a competência entre os órgãos judiciais eleitorais (TSE, TER e Juiz Eleitoral), em seus artigos 22, I, "e", 29, I, "e", e 35, III, indica o mandado de segurança eleitoral como uma medida a ser adotada. De acordo com Joel J. Cândido, em sua obra *Direito Eleitoral Brasileiro*, o mandado de segurança "*é muito comum, na fase Preparatória, em assuntos relativos à propaganda eleitoral e seu controle pelo Poder de Polícia das autoridades judiciárias. Em ano não-eleitoral poderá ser usado, igualmente, preenchidos os pressupostos para sua admissão, em matéria relacionada com a inscrição, alistamento e transferência de eleitor, entre outras*⁶⁵".

No Direito Tributário, por exemplo, há restrição à sua utilização. Com a edição da Lei 12.016/2009 veio a lume a vedação contida no § 2º do artigo 7º que dispõe que "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

⁶⁴ "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo". (vide quadro de súmulas)

⁶⁵ Joel J. Cândido. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13ª Edição. Editora Edipro. pág. 253.

de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”. Há, todavia, em sentido contrário, a súmula 213 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação Tributária.”

A nosso ver, a despeito do disposto no artigo 7º acima citado, permanece hígida a súmula, porquanto a vedação legal ali posta refere-se exclusivamente a concessão de liminar e não de concessão da segurança, tampouco veda a utilização da ação mandamental. A par disso, pensamos que tais considerações sobre essas vedações não são postas de forma perene, dependendo, sempre, da criatividade dos advogados na elaboração de teses para fazer valer a ação de garantia em casos que tais.

Sobre as vedações quanto à equiparação, reclassificação, aumento ou extensão de vantagem ou pagamento de qualquer natureza a servidores públicos, também previstas no parágrafo segundo do artigo 7º, importa esclarecer que já vinham sendo levadas a efeito quanto à antecipação dos efeitos da tutela na ação judicial tramitada pelo rito ordinário (art. 273 do CPC), por força da decisão do Supremo Tribunal federal quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 04, que versou sobre a compatibilidade da vedação do artigo 1º da Lei 9.494/1997 (que também trata de reformas processuais) com o texto constitucional⁶⁶.

Ocorre que há aí uma exceção a esta vedação. É o caso onde se tratar de concessão de liminar ou de segurança em relação à aposentadoria de servidor público. Isto porque, a Corte Maior já decidiu que tal vedação não se aplica em matéria previdenciária e, em outras oportunidades, asseverou que a aposentadoria de servidor público reveste-se de caráter previdenciário, caindo por terra a vedação nesse aspecto específico⁶⁷. Existem, ainda, discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da utilização do mandado de segurança no Direito Eleitoral. Todavia, nos limitaremos a afirmar que em se verificando lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não havendo a possibilidade de outra medida com a mesma eficácia, poder-se-á impetrar mandado de segurança.

6.1. A Controvérsia do Cabimento do Mandado de Segurança no Microsistema dos Juizados Especiais

Embora a Lei Nacional n.º 9.099/95, não preveja a utilização do mandado de segurança nos Juizados Especiais Estaduais, é voz corrente e uníssona na doutrina e jurisprudência que, para essa vedação legal, há exceções. É certo, porém, que em se tratando de impugnação de decisão interlocutória no âmbito dos

⁶⁶ A matéria hoje se encontra sumulada no Verbete 729 do STF: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

⁶⁷ Recurso Extraordinário n.º 236.9020-8/RJ: “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. (...)”. Data de Julgamento: 01.10.99”.

Juizados, não caberá mandado de segurança, tampouco agravo dotado de efeito suspensivo. O manejo do mandado de segurança nos Juizados Especiais estaduais ficou limitada aos casos de decisão teratológica, contrária a jurisprudência dominante, ou proferida por juízo incompetente e, ainda, com abuso de poder, hipóteses nas quais a competência para apreciação da ação de garantia será da Turma Recursal, conforme decisões abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DE JUIZ INTEGRANTE DE JUIZADO ESPECIAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA TURMA RECURSAL. PRECEDENTES.1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que compete às Turmas Recursais processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado em exercício no Juizado Especial, assim como do Juiz da própria Turma Recursal. Precedentes.2. No caso dos autos, tem-se que a decisão agravada encontra-se em harmonia com o posicionamento pacificado por esta Corte, na medida em que assim definiu a controvérsia: "(.) o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato de juiz do Juizado Especial compete, também, ao órgão colegiado competente em grau recursal, e, pois, à Turma Recursal, não sendo invocável o artigo 108, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal". 3. Agravo regimental a que se nega provimento⁶⁸”.

Noutro giro, se a decisão impugnada for emanada de Turma Recursal admite-se excepcionalmente a impetração perante o Tribunal de Justiça competente. Assim, inclusive, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO DA E. 3ª TURMA DO CONSELHO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, QUE, MANTENDO A SENTENÇA RECORRIDA, AFASTOU A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. ENTENDIMENTO DO E. STJ NO SENTIDO DE CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA DIRIGIDO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NA HIPÓTESE DE CONTROLE DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COLISÃO DE VEÍCULO EQUIPADO COM AIR BAG. ALEGAÇÃO DO AUTOR DE FALHA NO DISPOSITIVO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. ENTENDIMENTO DO JUÍZO SENTENCIANTE DE DEFEITO DO PRODUTO, TENDO EM VISTA O NÃO ACIONAMENTO DO ITEM DE SEGURANÇA, APESAR DA VIOLÊNCIA DA COLISÃO. (...) .CONCESSÃO DA ORDEM⁶⁹”.

Já no âmbito dos Juizados Especiais Federais, tal vedação vem expressa na Lei Federal n.º 10.259/2001, conforme abaixo:

⁶⁸ Agravo Regimental no Recurso ordinário em Mandado de Segurança n.º 18431/MT. Data do Julgamento 29/09/2009.

⁶⁹ Mandado de Segurança n.º 0035168-49.2009.8.19.0000 – Data de Julgamento: 04/08/2010.

“§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, **as ações de mandado de segurança**, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”;

Obviamente, tal vedação refere-se à impetração na primeira instância dos Juizados Especiais Federais, valendo dizer que para as demais hipóteses devemos adotar as regras acima destacadas quanto à impetração nas Turmas Recursais Estaduais.

7. Competência

A questão envolvendo competência é naturalmente tormentosa. Em se tratando de mandado de segurança, a competência para processar e julgar é absoluta e é fixada a partir da qualificação (federal, estadual ou municipal) e da hierarquia da autoridade pública. Interessante notar que a fixação da competência não passa pela análise do mérito da matéria colocada em discussão, mas tão somente a qualidade do agente público em relação à entidade estatal que representa. A mesma análise de qualificação e hierarquia da delegação feita ao particular pelo Estado será feita (nos casos de concessão ou permissão). Portanto, se o ato considerado ilegal ou abusivo for de autoria de entidade privada, estadual ou municipal, no exercício de competência delegada federal, a competência para o julgamento do mandado de segurança será da Justiça Federal⁷⁰.

Em regra, a competência para processar e julgar mandado de segurança se encontra na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, nos Códigos Estaduais de Organização Judiciária e Regimentos Internos dos Tribunais. Vale mencionar, por outro lado, a atenção do profissional no momento de distribuir o mandado de segurança não deve estar voltada apenas à estrutura judiciária competente (Justiça Federal ou Estadual), como também ao local onde a autoridade coatora exerce suas funções, circunstância que irá definir a territorialidade para processamento da mencionada medida judicial.

Em termos constitucionais, podemos encontrar a competência originária para julgamento do mandado de segurança no artigo 102, I, “d”, que define a competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado 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 Federal⁷¹; artigo 105, I, “b”, que estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal⁷²; artigo 108, I, “c”, que fixa a competência dos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; e o artigo

⁷⁰ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MULTA DO ART. 538 DO CPC. SÚMULA 98/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. É assente nesta Corte o entendimento de que compete à Justiça Federal (art. 109, VIII, da CF/1988) o processamento e o julgamento de *Mandado de Segurança* impetrado contra ato de autoridade *federal*, qualidade de que se considera revestido o agente de empresa *concessionária* de serviços públicos de energia elétrica, quando no exercício de função *federal* delegada. Precedentes do STJ (...). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1034351/SP – Data de Julgamento: 23/04/2009).

⁷¹ O STF reconhece há anos sua competência originária para processar e julgar também mandado de segurança impetrado contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito constituída nas casas do Congresso Nacional (MS 24832/DF – Data de Julgamento: 18/03/2004)

⁷² O STJ consolidou jurisprudência na Súmula n.º 177 no sentido de que não compete a ele julgar e processar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

109, VIII, que estabelece a competência dos juízes federais processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais⁷³.

7.1. Decadência e Prazos

Não há dúvida que o fator temporal está intimamente relacionado a qualquer ciência ou ramo de conhecimento. Para o nosso estudo, é antiga a máxima de que o Direito é a ciência multidisciplinar que estuda, no tempo e no espaço, o comportamento humano e a necessidade de regulação da vida em sociedade através de normas que possuam caráter impositivo. Assim, quando se fala em celeridade de procedimentos judiciais, como o mandado de segurança, e de medida provisória de preservação do direito, como a liminar, há fundamentalmente a preocupação com o transcurso do tempo, sob pena de perda ou perecimento do direito e a consequente inutilidade do provimento jurisdicional.

Em termos processuais, dois são os institutos que regulam o tempo que o titular do direito tem para adotar medidas que visem proteger um bem tutelado pelo ordenamento jurídico – quais sejam – *prescrição* e *decadência*. É normal encontrar confusão doutrinária na interpretação de ambos, principalmente a partir da análise de leis revestidas de atecnia legislativa⁷⁴, mas tentaremos, mesmo que brevemente, expor elementos de distinção destacados pela doutrina especializada.

Prescrição é o instituto jurídico que marca a extinção da pretensão surgida em razão de violação a direito, conforme definição dada pelo artigo 189 do Código Civil. Assim, havendo a prescrição, significa dizer que o titular do direito violado perdeu a possibilidade de utilização de uma ação judicial por conta do transcurso de tempo fixado em lei. Decadência é o instituto jurídico que marca a extinção do direito em si (analisado aqui pelo prisma da subjetividade), também em razão da inércia de seu titular pelo transcurso de tempo fixado em lei. Nesse caso, significa dizer que a eficácia do direito ficou subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo estabelecido em lei.

Repare que decadência não significa extinção do direito positivo, que só se extingue com o advento de normas revogatórias, e sim do direito subjetivo, que é possibilidade concreta do titular invocar proteção diante da ocorrência das hipóteses de incidência previstas no texto legal. Quanto ao direito subjetivo, veja o seguinte exemplo: após colisão de veículos causada por imprudência de agente público durante expediente de trabalho, o cidadão passa a ter a possibilidade de invocar a hipótese de incidência prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata do direito subjetivo a reparação por danos causados pelo Estado (*Responsabilidade Civil do Estado*).

⁷³ A Súmula n.º 556 do STF define que a Justiça Comum é a competente para julgar as causas em que é parte Sociedade de Economia Mista Federal, entidade pública integrante da Administração Pública Indireta, formada por capital majoritariamente público, admitindo-se investimento privado. Assim, esse entendimento se aplica aos mandados de segurança quando o ato impugnado for proveniente de representante judicial da mencionada entidade pública.

⁷⁴ O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Nacional n.º 8.078/1990), por exemplo, onde se percebe certa dificuldade em compreender a distinção feita pelo legislador nos artigos 26 e 27, que tratam respectivamente de decadência e prescrição.

Não obstante, há quem entenda ainda, assim como nós, que não existe grande distinção entre os dois institutos. De acordo com Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, “*ambos expressam o perecimento de direitos subjetivos em estágio mais ou menos avançado do respectivo processo em formação. A decadência significa a extinção do direito subjetivo que não chegou a se constituir, pela inatividade de seu titular, enquanto a prescrição significa, pelas mesmas razões, a extinção do direito subjetivo plenamente constituído. A distinção, portanto, menos de essência do que de grau, se angustia no terreno terminológico, pois, em última análise, ambos traduzem o mesmo fenômeno jurídico: a perda de direito pelo decurso de tempo*⁷⁵”.

De toda sorte, tratam-se de institutos que visam manter a estabilidade das relações jurídicas, evitando, assim, que se perpetue a incerteza das ações que podem ser adotadas por aquele que se declara ferido em seu direito. Em relação ao objeto do presente estudo, vale frisar que de acordo com o artigo 23 da Lei n.º 12.016/2009 o titular tem o direito de requerer mandado segurança no prazo de até 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato objeto de impugnação. Ou seja, pela redação do dispositivo, que é a reprodução do artigo 18 da lei anterior (n.º 1.533/1951), verifica-se que se trata de prazo decadencial, o que significa que o interessado perderá naquela circunstância o direito fundamental de utilizar o mandado de segurança contra ilegalidade perpetrada pelo Estado se não oferecê-lo em 120 dias. Repare que nessa hipótese implica em afirmar que o interessado, mesmo inerte quanto ao *mandamus*, poderá utilizar outra medida judicial, se for o caso, exatamente por não se operar na relação jurídica em questão o efeito da prescrição.

A problemática envolvendo a decadência em mandado de segurança reside na identificação do início do prazo, o que se justifica na complexidade característica do funcionamento da máquina estatal, o que acaba por dificultar o acesso ao nascimento dos atos administrativos ilegais. Interessante notar que, como o início da contagem do prazo ocorre com a ciência pelo interessado da conduta estatal que pretende questionar, se o ato administrativo a ser impugnado for uma Portaria ou um Decreto, a ciência será contabilizada a partir da publicação dos mesmos⁷⁶. Portanto, a informação pelo impetrante da data da publicação do ato administrativo é fundamental para análise da decadência do direito de impetrar mandado de segurança. Mas em relação às condutas omissivas? E quanto aos atos de efeitos contínuos ou de trato sucessivo?

No que tange à primeira pergunta, cabe ressaltar que a resposta passa pelo *prazo legal* que a Administração Pública tem para praticar o ato que se ventila omissão, com base no *princípio da legalidade*. Somente depois disso é que será inaugurada a contagem do prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança. Vejamos o seguinte exemplo: o artigo 24 da Lei 9.784/1999 (*Processo*

⁷⁵ Zelmo Denari e Outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª Edição. Editora Forense Universitária. pág. 198.

⁷⁶ Veja o exemplo do Mandado de Segurança n.º 14760/DF julgado em 09/06/2010 no STJ. No caso, trata-se de MS impetrado contra decisão de recurso administrativo, contando-se o prazo decadencial a partir de sua publicação na imprensa oficial.

Administrativo Federal) estabelece que, em regra, os atos do processo devem ser praticados no prazo de 05 (cinco) dias. Dessa forma, caso a Administração não pratique o ato no prazo assinalado em lei, a partir do 6º (sexto) dia inicia-se a contagem do prazo para manobra do remédio heroico.

Nesse sentido, importa transcrever decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que trataram sobre o tema, conforme abaixo:

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **Mandado de segurança impetrado com o desiderato de a autoridade coatora decidir requerimento administrativo de benefícios previdenciários protocolado há anos e jamais decidido, a despeito de o art. 58, VI, do Decreto 31.896/02, anterior à protocolização do pleito, impor à Administração o prazo de 30 dias para decidir.** Sentença de improcedência. 1. O termo inicial do prazo de 120 dias para o exercício do direito de propor mandado de segurança quando a ilegalidade for omissão, é a data em que deveria ter sido praticado o ato, no caso a do trigésimo dia que se seguiu à do início da vigência do decreto, a saber, 23.10.02. Art. 18 da Lei 1.533/51, vigente na interposição; **Lei 12.016/09, art. 23.** 2. Proposto o writ em 20.4.04, configura-se a decadência. 3. Recurso ao qual se nega provimento, ao tempo em que de ofício se pronuncia a decadência e se imprime reparo ao dispositivo sentencial. Unânime⁷⁷”.

“Agravo de instrumento contra liminar concedida em Mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado dentro do número de vagas. - **2. Decadência não caracterizada, cujo prazo, em se tratando de impetração contra ato omissivo da administração, só começa a correr a partir do momento em que se esgota o prazo legal estabelecido para a autoridade impetrada praticar o ato cuja omissão se ataca.** - 3. Alegações de irregularidade do concurso e de abertura de inquérito civil pelo Ministério Público não comprovadas, certo que esta última circunstância, por si só, não tem o condão de suspender a eficácia do concurso homologado, o que depende de apreciação judicial. - 4. Termo de ajustamento de conduta que teve como objetivo fazer cessar as contratações irregulares que vinham sendo feitas pela administração municipal, sem a realização de concurso público. - 5. Agravada aprovada e classificada em 1º lugar. Direito subjetivo à nomeação para o cargo que concorreu. Antecedentes jurisprudenciais. - 6. Presença dos requisitos exigidos para a concessão da liminar. Decisão mantida. Recurso desprovido⁷⁸”.

Ademais, a segunda pergunta versa sobre a possibilidade de existirem atos comissivos ou omissivos que se protraem no tempo, ou seja, aqueles que produzem efeitos jurídicos de forma permanente. A esse respeito existe sólida jurisprudência nos Tribunais do país, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça,

⁷⁷ Apelação Cível n.º 0045900-62.2004.8.19.0001 – Data do Julgamento: 15/09/2009

⁷⁸ Agravo de Instrumento n.º 0018140-34.2010.8.19.0000 – Data do Julgamento: 07/07/2010

que estabelece a renovação mês a mês do prazo decadencial relacionado ao mandado de segurança. Não é difícil entender que a preocupação da jurisprudência é evitar que a ilegalidade permanente, seja positiva ou negativa, se sobreponha ao direito de impetrar mandado de segurança. Não entender dessa forma é o mesmo que admitir que o desrespeito ou a torpeza permanente do Estado pode esvaziar completamente a ferramenta constitucional criada justamente para obstar de forma ágil os abusos estatais. Assim, transcreve-se abaixo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTÁVEIS. ENQUADRAMENTO NO PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DAS TABELAS DE VENCIMENTOS. OMISSÃO DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. AUTORIDADE COATORA CORRETAMENTE INDICADA. ATO OMISSIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.460/92, caberia à Secretaria de Administração Federal homologar o ato de enquadramento de servidores nos casos não previstos em lei. Entretanto, aquela Secretaria foi sucedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, motivo pelo qual está correta a indicação da autoridade impetrada apontada na exordial.

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual, em se tratando de impetração contra ato omissivo da Administração, que envolve obrigação de trato sucessivo, o prazo para o ajuizamento da ação mandamental renova-se mês a mês.

3. A controvérsia colocada no presente writ já foi objeto de ampla discussão no âmbito da Terceira Seção desta Corte, que tem adotado entendimento no sentido de que, uma vez comprovada a condição de servidores estáveis dos impetrantes, nos termos dos arts. 19 do ADCT e 243 da Lei nº 8.112/90, deve ser reconhecido o direito líquido e certo de serem incluídos no Plano de Classificação de Cargos da União - PCC.

4. Segurança concedida⁷⁹”.

E no caso de ato comissivo, vejamos:

“PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. REDUÇÃO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Nos termos do acórdão recorrido, na espécie em análise, não se trata de benefício novo, ou de pedido de majoração de benefício, tampouco discute-se o direito de ser ou não a autora beneficiária. **Refere-se a pedido formulado por pensionista visando recebimento das diferenças dos valores pagos a menor pela Administração.**

2. Quando houver redução, e não supressão do valor de vantagem, fica configurada a prestação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, pois não

⁷⁹ Mandado de Segurança n.º 11282/DF (2005/0208769-9) – Data de Julgamento: 25/11/2009

equivale à negação do próprio fundo de direito, não havendo que se falar, portanto, em decadência do mandado de segurança. Precedentes: AgRg no REsp 1.110.192/CE, Rel. Ministro Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 24/05/2010; AgRg no REsp 1.149.481/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 29/03/2010; REsp 925.452/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/08/2009, DJe 08/09/2009; AgRg no REsp 993.383/PR, Rel.

Ministra Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG), sexta Turma, julgado em 03/02/2009, DJe 16/02/2009.

3. Agravo regimental não provido⁸⁰.

Superada a análise da decadência, faz-se registro de outros dispositivos da Lei n.º 12.016/2009 que tratam de prazos processuais que devem ser seguidos pelas partes, pelo juiz, pelo Ministério Público, pelas autoridades administrativas, pela serventia onde tramitam os processos e por terceiros. São eles: artigo 3º, versa sobre a possibilidade de terceiro, em condições idênticas, impetrar mandado de segurança em defesa do mesmo direito, dentro de 30 dias, quando o titular originário assim não o fizer; artigo 4º, trata-se de inovação da lei que permite, além dos tradicionais telegrama e radiograma (antigo artigo 4º da Lei n.º 1.533/1951), a utilização de fax ou outro meio eletrônico para impetração do *writ* em caso de urgência, desde que a petição com o texto original seja apresentada nos 05 dias úteis seguintes (artigo 4º, § 2º); artigo 6º, § 1º, (vide texto *conceito e natureza*); artigo 7º, I, estabelece o prazo de 10 dias para a apresentação de *informações* pela autoridade coatora, a contar da intimação; artigo 9º, que trata do prazo de 48 horas, contadas da data da notificação, para que as autoridades administrativas informem o Ministério Público, entre outros órgãos, a medida liminar deferida, visando às providências de suspensão do ato apontado como ilegal ou abusivo do poder; artigo 12, estabelece o prazo de 10 dias para o Ministério Público opinar na forma de parecer sobre a concessão ou não da segurança, depois de transcorrido o prazo oferecido à autoridade impetrada para apresentação das informações (vide artigo 7º, I); artigo 12, parágrafo único, dispõe que o juiz deve proferir decisão, em no máximo 30 dias, depois de respeitado o prazo definido de 10 dias em favor do Ministério Público (vide artigo 12, *caput*); artigo 17, com outra novidade, o texto atual estabelece que na hipótese da sentença e/ou acórdão não serem publicados em 30 dias, contados da data do julgamento, serão substituídos por notas taquigráficas; artigo 22, § 1º, fixa o prazo de 30 dias para que o impetrante individual desista de seu mandado de segurança com o objetivo de permitir a produção de efeitos da coisa julgada de mandado de segurança coletivo; artigo 22, § 2º, estabelece que em mandado de segurança coletivo a liminar só poderá ser concedida após ouvido o representante judicial da pessoa jurídica de direito público que sofrerá os efeitos da decisão, procedimento que deve ocorrer em 72 horas contadas da notificação.

⁸⁰ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 1337066/BA (2010/0144781-1) – Data de Julgamento: 26/10/2010.

8. Mandado de Segurança como Forma de Controle Estatal

O ordenamento jurídico pátrio estabelece diversas formas de *controle* sobre a atuação do Estado e de seus agentes, que tanto podem ser de natureza preventiva como repressiva. Além da fiscalização financeira e contábil inserida na Constituição Federal, na forma de controle externo que conta com a participação dos Tribunais de Contas (art. 71), há tipificação de condutas praticadas (*Código Penal e Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo*), tanto pelos agentes públicos quanto pelos particulares, contra os interesses do Estado, cabendo a esse último investigar e punir, conforme o caso.

Há também o controle interno de cada poder (*auditorias e corregedorias, por exemplo*), bem assim o controle político exercido pelo povo, através dos critérios de consulta popular, e aqueles adotados mutuamente entre os Poderes Legislativo e Executivo, normalmente versando sobre o processo legislativo (*sanção e veto, por exemplo*) e os esclarecimentos prestados por autoridades da Administração Pública sobre assuntos de interesse público (art. 50). Ademais, cabe ao Poder Judiciário, através de suas diversas instâncias, analisar a compatibilidade das leis constitucionais derivadas e infraconstitucionais com os dispositivos e valores contidos na Carta Política, bem como julgar as ações movidas contra a Administração Pública e seus representantes. É esse último ponto, a provocação do Judiciário para analisar o comportamento da Administração e representantes, que terá destaque nesse capítulo.

Não obstante, quando se fala em controle sobre o funcionamento do Estado a interpretação deve ser de *proteção*. Se fizermos uma reflexão sobre a postura estatal do regime absolutista, marcado pela imposição centralizadora de regras e modos de comportamento ao indivíduo, perceberemos inevitavelmente que a preocupação maior gira em torno dos excessos praticados pelo Estado e por seus integrantes. Tem-se que no centro do Direito Administrativo, ramo autônomo que rege o funcionamento da máquina estatal na busca pela materialização dos direitos individuais e coletivos reconhecidos no Direito Constitucional, reside o princípio da legalidade. Esse princípio, que possui diversas facetas na ciência jurídica, representa a base do Estado de Direito como expressão que define a pessoa jurídica estatal que, além de ter a responsabilidade outorgada pela Constituição de regular o convívio social, tem seu limite de atuação definido por lei⁸¹. Além da indicação prevista no artigo 5º, II, a Constituição Federal prevê também o princípio da legalidade no *caput* do artigo 37 como fonte inspiradora do Poder Público⁸².

A lei por sua vez é fruto da atuação política das instituições representativas do Estado, que são ocupadas por agentes que foram catapultados pela manifestação soberana do povo após processo democrático eleitoral. Ou seja, se a lei é resultado do trabalho do representante do povo e se essa é o elemento fundamental que vai permitir o funcionamento da Administração Pública, tem-se que o modo

⁸¹ Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da legalidade “*significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso*”. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros. 32ª Edição. p. 87

⁸² Embora estejam previstos no Capítulo 07, Título III, da Constituição Federal, topograficamente inseridos na parte que indicada as regras constitucionais que são aplicadas à Administração Pública, a doutrina reconhece a aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência aos *atos administrativos*, ou atos atípicos, praticados pelos Poderes Legislativo e Judiciário (Celso Antônio Bandeira de Melo *in Curso de Direito Administrativo*. pág. 380. Editora Malheiros, 2009).

determinado para o Estado alcançar as metas estampadas na Carta Magna, principalmente na garantia dos direitos fundamentais, é a própria vontade da sociedade⁸³.

Então, por exemplo, se o Código de Trânsito Brasileiro (Lei Nacional n.º 9.503/97) estabelece, em seu artigo 208, que o motorista que avançar o semáforo vermelho deve ser punido com multa pecuniária significa dizer, em outras palavras, que o povo definiu através de seus representantes que o modo de atender o dever de manter a segurança no trânsito é penalizar administrativa e pedagogicamente o motorista infrator. Trata-se, portanto, de um círculo virtuoso que envolve soberania, democracia e direitos fundamentais.

Nesse contexto, é oportuno mencionar que o mandado de segurança representa uma ferramenta constitucional de controle sobre a atuação estatal, que pode ser apresentado ao Poder Judiciário de modo preventivo ou repressivo. Aliás, essa conotação fica clara após leitura da redação do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, que diz que o mandado de segurança é medida judicial cabível para proteger direito líquido e certo “*contra ilegalidade ou abuso do poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”.

Sobre as questões que envolvem a *autoridade pública* legitimada passivamente tivemos a oportunidade de abordar. Nesse momento faremos uma análise sobre a natureza dos atos passíveis de impugnação pela via mandamental de acordo com a redação do dispositivo constitucional: *ilegalidade* ou *abuso do poder*. Registre-se, antes, que o artigo 1º da Lei 12.016/2009 reproduz essas expressões e acrescenta apenas os legitimados ativos, ou seja, aqueles que poderão utilizar o mandado de segurança – quais sejam – as pessoas físicas e jurídicas⁸⁴.

Vejamos. Não podemos interpretar *ilegalidade* apenas quando o agente público praticar um ato em desacordo com a regra explicitamente contida em determinado dispositivo legal (ato administrativo vinculado) ou quando praticar um ato sem previsão legal. Essas duas hipóteses estão relacionadas à legalidade formal, ou seja, o parâmetro de análise da irregularidade perpetrada pelo agente público é a literalidade da lei, ou seja, aquilo que está previsto como regra a ser obedecida.

Mas, imagine a hipótese de agente público praticar ato administrativo discricionário, revestido por maior subjetividade, com objetivo exclusivo de beneficiar ou prejudicar terceiro (*uma entidade pública*

⁸³ É claro que essa afirmativa deve ser interpretada sob o aspecto abstrato (*ou de acordo com a Teoria da Justiça de Platão, que invoca o bem comum na atuação dos governantes*) e não sob o aspecto concreto, pois esse último envolve análise sobre o modo de controle adequado de acordo com as circunstâncias de caso específico. Por exemplo, pode haver lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, esquemas de corrupção no legislativo para criar lei que favoreça determinado grupo econômico, etc.. Ou seja, a exclusividade do cumprimento de formalidades na criação da lei como forma de garantir a legitimidade, ou simples aceitação, por parte da sociedade vem perdendo a força. As normas componentes do sistema jurídico, ou as ações do Estado de forma ampla, não devem ser apenas formalmente corretas, mas também devem guardar compatibilidade com valores tidos como necessários para existência de uma sociedade justa e livre. Além disso, torna-se imperiosa a análise dos resultados que se pretende alcançar com determinada medida adotada pelo Estado, transformando o enfoque dado para obtenção da aceitação por parte da sociedade, passando daquilo que os atos *são* para *consequências* que advirão.

⁸⁴ A expressão administrado, que simboliza a qualidade daquele que se apresenta na condição de destinatário da atuação estatal em caráter geral ou específico, integra tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas.

fiscalizadora, através de agente público corrupto, aplica sanção administrativa contra empresa que não aceitou pagar propina, por exemplo). Nesse caso, embora a lei em sentido formal faculte a prática de determinado ato, seu conteúdo encontra-se maculado pela intenção do agente, que obviamente não estava associada à ideia de proteger o interesse público. Tal situação pode ser discutida em sede judicial?

Embora a doutrina e a jurisprudência puguem de forma geral o descabimento de revisão do ato administrativo discricionário, em razão da impossibilidade de analisar o chamado *mérito administrativo*⁸⁵, surge com força o entendimento de que, mesmo sendo de natureza discricionária, sua finalidade deve ser sempre de proteção ao interesse público, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Caso contrário, o ato será declarado ilegal pelo Poder Judiciário sob o aspecto material. Tal vertente encontra-se no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que assim se pronunciou⁸⁶:

“Os atos discricionários legitimam espaço de liberdade para o administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porquanto nessas hipóteses interdita a intervenção no mérito do ato administrativo.

É cediço na doutrina que: "(...) Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato - e aí haveria inevitavelmente vinculação.

Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. (...) Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'. (...) Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (...) Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento

⁸⁵ De acordo com Hely Lopes Meirelles, *mérito administrativo* consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato administrativo, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros. 32ª Edição. pág. 154/155.

⁸⁶ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 20271/GO – Ministro Relator Luiz Fux – Data de Julgamento: 26/05/2009.

administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária”.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também passou adotar esse entendimento, como se verifica na decisão abaixo:

“Não cabe ao Judiciário adentrar na seara da conveniência e oportunidade da Administração Pública, porém não só os atos vinculados estão sujeitos ao controle da legalidade pelo Poder Judiciário, como também os atos discricionários. E a doutrina e a jurisprudência mais modernas vem determinando que o Poder Judiciário esteja atento às discricionariedades da Administração Pública, controlando o ato discricionário através dos princípios da legalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade⁸⁷”.

Quanto ao *abuso de poder* também mencionado no dispositivo constitucional que abriga o mandado de segurança, pode-se afirmar que em termos práticos tem o mesmo sentido da ilegalidade mencionada anteriormente. Para a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, abuso de poder nada mais é que a prática de uma ilegalidade, consubstanciada no “*vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder)*”⁸⁸.

Assim, não fica dúvida de que a ilegalidade é gênero enquanto que o abuso de poder é uma espécie que se divide em *excesso de poder* ou *desvio de finalidade* (ou desvio de poder). Como explicitado acima, o excesso configura-se pelo comportamento estatal além do que permite a lei. Por exemplo, ao abordar um motorista não habilitado o policial não deve, além de aplicar multa e apreender o veículo (art. 162 CTB), agredir o infrator, a não ser nos casos de legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal.

Para explicar o desvio de finalidade basta recorrer ao princípio constitucional da impessoalidade. Um dos significados desse princípio está relacionado à obrigatoriedade da Administração Pública, através de seus agentes, atuar com base no estrito dever de proteger ou alcançar a finalidade pública, ou seja, busca-se uma atuação livre de qualquer fator alheio à vontade do estatal que não seja a de preservação do interesse público. Assim, por exemplo, a nomeação de um parente de primeiro grau para ocupar cargo público comissionado configura abuso de poder, uma vez que há intenção de privilegiar alguém em detrimento da finalidade pública.

Não se pode olvidar mencionar a Lei Federal 4.898/65, a chama Lei do Abuso de Autoridade. Embora seja uma expressão em desuso, esse diploma legal criado pela ditadura militar elenca em seus artigos 3º e

⁸⁷ Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança n.º 0019602-94.2008.8.19.0000 – Desembargador Sirley Abreu Biondi – Data de Julgamento:14/11/2008.

⁸⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Atlas. 19ª Edição. pág. 229

4º um rol enunciativo de condutas estatais que podem representar abuso de poder. A mencionada lei, embora representasse uma medida de legitimação ou busca por aceitação por parte dos militares⁸⁹, foi recepcionada pela Constituição Federal e regula o direito do administrado de buscar a punição administrativa, civil e penal daqueles que violarem os bens tutelados pelo ordenamento jurídico constitucional. Segundo o artigo 5º da Lei Federal 4.898/65, poderá ser *autoridade infratora* quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração, exatamente de acordo com a definição atual de *agente público* oferecida pela doutrina.

⁸⁹ A legitimidade da instância política depende, no domínio político, da maneira como essa legitimidade lhe é atribuída. Atualmente, ela é conferida por um sujeito coletivo que ou aceita uma legitimidade imposta por uma tradição institucional ou define, ele mesmo, as condições de uma legitimidade e do exercício de uma autoridade, como ocorre nos países democráticos. Nos dois casos, o sujeito coletivo supostamente encontra-se em uma posição de livre aceitação em relação a sua eventual sanção que poderia ser-lhe aplicada, e não mais em uma posição de submissão forçada, nesse último caso exatamente o cenário político que vigorava à época da edição da lei. Por isso, dizer que os militares, ao criarem uma lei de ‘combate’ aos atos abusivos, esperavam uma mudança na forma que a sociedade civil enxergava a ditadura não é contrariar a história.

9. Questões sobre Mandado de Segurança

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

1 - (OAB/RJ – 22º Exame) É **CORRETO** afirmar, com pertinência aos remédios constitucionais previstos no ordenamento em vigor, que:

- a) cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for concessiva da ordem impetrada.
- b) direito líquido e certo com força de autorizar o deferimento de mandado de segurança é, segundo a doutrina, aquele capaz de ser comprovado de plano, através de documentação inequívoca.
- c) como instrumento de índole democrática, a ação popular pode ser intentada por qualquer brasileiro e, inclusive, estrangeiro residente no País.
- d) é assegurado o mandado de injunção para conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, assim como de terceiro, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

2 - (OAB/RJ – 22º Exame) Com referência aos remédios constitucionais, indique a alternativa **CORRETA**:

- a) Qualquer pessoa é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe.
- b) O *habeas corpus*, posto que admita dilação probatória em seu processamento, é instrumento idôneo de sorte a permitir, em sede de processo penal, o exame aprofundado de matéria fática e a análise valorativa e minuciosa de elementos de prova.
- c) Conceder-se-á *habeas data* para assegurar a obtenção de certidões em repartições públicas, visando a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse do impetrante.
- d) Admite-se a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de segurança coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição.

3 - (OAB/RJ – 23º Exame) Com vista aos remédios constitucionais é **CORRETO** aduzir:

- a) conceder-se-á mandado de segurança ainda quando o direito líquido e certo a ser protegido for amparado por *habeas corpus*, *habeas data* ou mandado de injunção.
- b) conceder-se-á *habeas data* sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

c) não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativa a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

d) qualquer pessoa, inclusive não inscrita no rol dos eleitores, é parte legítima, força no princípio democrático, para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

4 – (OAB/RJ – 33º Exame) Assinale a opção **INCORRETA**:

a) A controvérsia sobre matéria de direito impede a concessão de ordem em mandado de segurança.

b) Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe a impetração de mandado de segurança.

c) A concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito à impetração.

d) Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

5 – (OAB/RJ – 35º Exame) Quanto ao mandado de segurança, assinale a opção **CORRETA**:

a) Denegada a segurança, sem que o juiz expressamente casse a liminar que a tenha concedido, havendo recurso voluntário, a liminar prevalece até o trânsito em julgado da decisão final.

b) As informações, por constituírem defesa judicial, devem ser prestadas pela autoridade coatora ou pelo representante legal ou judicial da pessoa jurídica, transferindo-lhe, por encampação, a responsabilidade pelo ato objeto do mandamus.

c) A fluência do prazo decadencial para a propositura de mandado de segurança tem início com a ciência, pelo interessado, do ato impugnado. No entanto, nas prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial para a impetração do writ é renovado mês a mês.

d) É cabível recurso ordinário ao STJ contra acórdão do tribunal que, julgando improcedente apelação, confirma sentença de primeiro grau, denegatória de mandado de segurança.

6- (OAB/RJ – 36º EXAME) Assinale a opção **INCORRETA** acerca dos remédios constitucionais:

a) Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano têm legitimação ativa para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

b) A ação popular só pode ser proposta de forma repressiva, sendo incabível, assim, sua proposição antes da consumação dos efeitos lesivos de ato contra o patrimônio público.

c) No *habeas data*, o direito do impetrante de receber informações constantes de registros de entidades governamentais ou de caráter público é incondicionado, não se admitindo que lhe sejam negadas informações sobre sua própria pessoa.

d) O mandado de segurança pode ser proposto tanto contra autoridade pública quanto contra agente de pessoas jurídicas privadas no exercício de atribuições do poder público.

7 – (OAB/MG – Agosto/2004) São remédios constitucionais de caráter preventivo e repressivo simultaneamente:

- a) Habeas Corpus, Mandado de Injunção e Ação Popular.
- b) Mandado de Segurança, Habeas Data e Mandado de Injunção.
- c) Ação Popular, Habeas Corpus e Mandado de Segurança.
- d) Mandado de Injunção, Ação Popular e Habeas Data.

8 – (OAB/MG – Dezembro/2004) Quanto ao mandado de segurança é **CORRETO** afirmar que:

- a) compete ao STF julgar, originariamente os mandados de segurança contra atos do Presidente da República e de Ministros de Estado, entre outros.
- b) Compete ao STF julgar em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.
- c) Compete ao STJ processar e julgar originariamente o mandado de segurança contra ato de Tribunal Regional Federal.
- d) Compete ao Tribunal Regional Federal julgar apelação contra decisão, em mandado de segurança impetrado pela União, da lavra do Juiz de Direito de Comarca desprovida de Juiz Federal e incluída na jurisdição daquela Corte.

9 – (OAB/MG – Agosto/2005) Sobre a Ação de Mandado de Segurança, marque a opção **INCORRETA**. Em face de ato praticado:

- a) pelo Procurador-Geral da República a competência para julgar originariamente é do STF.
- b) por Ministro de Estado a competência é do STJ.
- c) por Diretor ou Delegado Regional de qualquer dos Ministérios a competência é do TRF.
- d) por Diretor ou Delegado Regional de qualquer dos Ministérios a competência é da Justiça Federal da Região.

10 – (OAB/MG – Abril/2006) Considerando as ações constitucionais para garantia dos direitos fundamentais, assinale a afirmativa **CORRETA**:

- a) É inviável a impetração de mandado de segurança coletivo preventivo.
- b) O mandado de segurança tem caráter residual, pois somente pode ser impetrado quando o direito não for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

c) O mandado de segurança pode ser impetrado para sanar omissão legislativa, que torne impossível o exercício de direitos constitucionais, por falta de norma regulamentadora.

d) O mandado de segurança coletivo se caracteriza por possuir, no pólo ativo da ação, duas ou mais pessoas impetrantes.

11 – (OAB/MG – Agosto/2006) O Ministro da Fazenda da União, que reside no Rio de Janeiro, pratica, no exercício de suas atividades no Ministério da Fazenda, localizado em Brasília, um ato abusivo e ilegal que atinge direito líquido e certo de um cidadão residente em Belo Horizonte. O foro competente para a impetração de mandado de segurança é:

a) Belo Horizonte.

b) Rio de Janeiro.

c) Brasília.

d) qualquer um destes, a critério do impetrante.

12 – (OAB/MG – Abril/2007) Considerando-se a tutela de direitos individuais, coletivos e difusos, assinale a alternativa **CORRETA**:

a) O mandado de segurança será concedido para proteger direito líquido e certo, seja o responsável pela ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica privada atuando em seus próprios interesses.

b) O Ministério Público tem legitimidade para propositura da ação civil pública, que deve ser utilizada para proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e interesses difusos e coletivos.

c) O *habeas corpus* não se restringe à liberdade física individual, podendo ser utilizado para proteção da pessoa jurídica.

d) A ação popular é importante instrumento de exercício da cidadania, e pode ser proposta por pessoa física ou jurídica, tendo por objetivo a anulação de atos lesivos a direitos e interesses coletivos e difusos.

13 – (OAB/MG – Agosto/2008) São remédios constitucionais expressamente previstos pela Constituição de 1988, **EXCETO**:

a) Habeas data.

b) Mandado de segurança coletivo.

c) Mandado de injunção coletivo.

d) Ação popular.

14 – (OAB/MG – Setembro/2009) Considerando as ações relativas ao processo constitucional, assinale a alternativa **INCORRETA**:

- a) O mandado de segurança é a ação constitucional própria para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade for autoridade pública, bem como para requerer o pagamento de valores que deveriam ter sido pagos e não o foram.
- b) O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado 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.
- c) O habeas data pode ser impetrado para retificação de dados pessoais, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.
- d) A ação popular somente pode ser proposta por cidadão, sendo vedada sua propositura pelo Ministério Público e por pessoas jurídicas de direito público.

15 - (OAB/RS – 2008.1) No que diz respeito aos direitos fundamentais, assinale a opção **CORRETA**:

- a) São gratuitas as ações de habeas corpus, habeas data e o mandado de injunção.
- b) O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por qualquer partido político.
- c) O Estado deve prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos.
- d) O direito de qualquer cidadão propor ação popular é previsto constitucionalmente.

16 - (OAB/RS - 2008.2) Assinale a opção **INCORRETA** acerca dos remédios constitucionais.

- a) Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano têm legitimação ativa para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados.
- b) A ação popular só pode ser proposta de forma repressiva, sendo incabível, assim, sua proposição antes da consumação dos efeitos lesivos de ato contra o patrimônio público.
- c) No habeas data, o direito do impetrante de receber informações constantes de registros de entidades governamentais ou de caráter público é incondicionado, não se admitindo que lhe sejam negadas informações sobre sua própria pessoa.
- d) O mandado de segurança pode ser proposto tanto contra autoridade pública quanto contra agente de pessoas jurídicas privadas no exercício de atribuições do poder público.

17 - (OAB/RS – 2009.2) Assinale a opção **CORRETA** a respeito dos partidos políticos:

- a) Como sujeitos de direitos, os partidos políticos têm legitimidade para atuar em juízo, e, se tiverem representação no Congresso Nacional, podem ajuizar mandado de segurança coletivo.
- b) Somente os partidos com representação no Congresso Nacional podem usufruir dos recursos do fundo partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.
- c) A CF consagra o princípio da liberdade partidária de modo ilimitado e irrestrito, não admitindo condicionantes para a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos.

d) Os partidos políticos somente adquirem personalidade jurídica após duplo registro: no registro civil das pessoas jurídicas e no tribunal regional eleitoral do estado em que estão sediados.

18 - (OAB/RS - 2010.1) Considerando as repercussões processuais das garantias constitucionais, assinale a opção **CORRETA**:

- a) A ausência de decisão administrativa em prazo razoável não enseja mandado de segurança, pois o Poder Judiciário não pode fixar prazo para decisões do Poder Executivo.
- b) Estrangeiro residente no exterior não pode impetrar mandado de segurança no Brasil.
- c) Mandado de segurança coletivo impetrado pela OAB deve ser ajuizado perante a justiça federal, ainda que não se trate de postulação de direito próprio.
- d) Impõe-se, por ser norma de processo civil, de aplicação imediata, a legislação superveniente à impetração do mandado de segurança.

19 - (OAB/RS - 2010.2) O Mandado de Segurança Coletivo, previsto no art. 5º, inciso LXX da Constituição da República, foi regulamentado pelos artigos 21 e 22 da Lei Federal n. 12.016/09. Acerca desta garanti a constitucional é **CORRETO** afirmar que:

- a) Qualquer cidadão tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo.
- b) No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo substituído pelo impetrante.
- c) O mandado de segurança coletivo pode ser utilizado na defesa de direitos difusos.
- d) O mandado de segurança coletivo induz litispendência para as ações individuais que tenham o mesmo objeto.

20 - (OAB/SC – 2007.2) O presidente do STF delegou ao secretário de recursos humanos desse tribunal a atribuição de dispor sobre a promoção na carreira de analista judiciário dos servidores dessa Corte. Um servidor se sentiu preterido nos critérios de direito utilizados na promoção e, em razão disso, contratou advogado para promover as medidas judiciais cabíveis. Acerca dessa situação hipotética, assinale a opção **CORRETA**:

- a) O advogado deverá impetrar mandado de segurança contra o presidente do STF e o secretário de recursos humanos, pois há litisconsórcio necessário entre o delegante e o delegatário.
- b) O advogado deverá impetrar mandado de segurança contra ato do secretário de recursos humanos perante a justiça federal no DF.
- c) O advogado poderá impetrar mandado de segurança contra o presidente do STF perante o próprio STF, porque a delegação não exclui a responsabilização pela prática do ato.
- d) O advogado poderá impetrar mandado de segurança contra ato do secretário de recursos humanos perante o próprio STF.

21 - (OAB/SC – 2007.3) Ao STF compete:

I - julgar, originariamente, o mandado de segurança contra atos do presidente da República, dos ministros de Estado e do procurador-geral da República.

II - julgar os conflitos de competência entre tribunais de justiça estaduais.

III - julgar o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o estado, o DF ou o território.

IV - julgar, em recurso ordinário, o crime político.

Estão certos apenas os itens:

- a) I e II.
- b) I e III.
- c) II e IV.
- d) III e IV.

QUESTÕES DE CONCURSO PÚBLICO

22 - (ESAF/AFC-CGU/2006) Tratando-se de mandado de segurança, assinale a afirmativa falsa, conforme as súmulas do Supremo Tribunal Federal.

- a) Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.
- b) Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.
- c) Concessão de mandado de segurança produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito.
- d) Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria.
- e) O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

23 - (ESAF/AFRF/2005) Entre as situações concretas seguintes, assinale aquela em que não é cabível o controle jurisdicional por meio de mandado de segurança.

- a) Para assegurar o acesso a processo administrativo com informações relativas à pessoa.
- b) Contra ato de que caiba recurso administrativo, com efeito devolutivo, independente de caução, tendo sido apresentado o recurso, ainda pendente de decisão.
- c) Para assegurar liberdade de expressão.
- d) Contra ato disciplinar, salvo quando praticado com vício de competência ou de formalidade essencial.
- e) Contra lei de efeito concreto ou de natureza auto-executória.

24 - (CESPE – PGE/PE – 2009) Acerca do mandado de segurança, assinale a opção **CORRETA**:

- a) O impetrante pode valer-se de todos os meios de prova em direito admitidos para comprovar suas alegações.
- b) No mandado de segurança, é lícito ao impetrante postular – e, ao juiz, deferir – providência liminar de natureza assecuratória do objeto pretendido na impetração.
- c) O juiz pode deixar de determinar a remessa dos autos ao MP, quando verificar que o tema versado nos autos é objeto de súmula dos tribunais superiores.
- d) A decisão do mandado de segurança impede que o impetrante, por ação própria, pleiteie os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais.
- e) O pedido de mandado de segurança pode ser renovado, mesmo quando a decisão denegatória lhe apreciar o mérito.

25 - (CESPE – TRE/PA – 2007) A respeito dos direitos e garantias individuais, assinale a opção **CORRETA**:

- a) O mandado de segurança não pode ser utilizado no âmbito penal.
- b) O *habeas data* é o instrumento adequado para afastar ilegalidade de privação do direito de liberdade.
- c) O servidor público tem direito adquirido ao regime jurídico, sendo defeso alterar as disposições legais existentes no momento do início do exercício do cargo.
- d) A Constituição Federal de 1988 veda a instituição de pena de morte.
- e) Para propor ação popular, é indispensável que o interessado demonstre a condição de brasileiro no exercício dos direitos políticos.

26 - (CESPE – PGE/PB – Procurador de Estado - 2008) Não constitui pressuposto do mandado de segurança o(a):

- a) Lesão ou ameaça de lesão.
- b) Ilegalidade ou abuso de poder.
- c) Ato de autoridade.
- d) Direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.
- e) Dano ao patrimônio público.

27 - (MPE/MG – Promotor de Justiça - 2010) Em relação ao mandado de segurança, é **CORRETO** afirmar que:

- a) o ingresso de litisconsorte ativo facultativo será admitido enquanto não vencido o prazo para a autoridade impetrada apresentar informações.
- b) a notificação da autoridade impetrada para prestar informações supre a necessidade de se dar ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada.
- c) a sentença concessiva em mandado de segurança de competência originária dos tribunais estaduais está sujeita a reexame necessário pelo Superior Tribunal de Justiça.

d) a interposição de agravo de instrumento em face da decisão que concede liminar não prejudica a formulação de pedido para a suspensão do respectivo cumprimento, dirigida ao presidente do tribunal ao qual caiba conhecer do recurso.

28 - (MPE/PB – Promotor de Justiça – 2010) Considere as proposições abaixo, assinalando, sucessivamente, a alternativa que sobre elas contenha o devido julgamento:

I - Não cabe Mandado de Segurança contra ato de administrador de concessionária de serviço público, ainda que o ato impugnado seja relacionado ao serviço essencial prestado pela empresa.

II - A legitimação para impetrar *habeas data* tanto pode recair na pessoa física como na pessoa jurídica, e o respectivo processamento é isento de custas e despesas processuais, tendo prioridade sobre os demais procedimentos judiciais, exceto *habeas corpus*.

III - Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente Mandado de Injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de qualquer órgão, entidade ou autoridade federal da administração direta ou indireta.

- a) Apenas II e III estão incorretas.
- b) Apenas I e III estão incorretas.
- c) I, II e III estão corretas.
- d) I, II e III estão incorretas.
- e) Apenas I e II estão incorretas.

29 - (FUNIVERSA – CEB – Advogado – 2010) Em relação ao mandado de segurança, assinale a alternativa **CORRETA**:

- a) A legislação que disciplinava a matéria foi derogada pela nova lei de regência do mandado de segurança.
- b) Da decisão concessiva do mandado de segurança, cabe recurso de apelação, e, da decisão denegatória da segurança, cabe recurso ordinário.
- c) Os efeitos financeiros decorrentes da decisão que concede a segurança a servidor público federal sujeitam-se à prescrição quinquenal, ou seja, são considerados, para fins do pagamento de atrasados, apenas os últimos cinco anos anteriores à data da impetração.
- d) O juiz poderá suspender liminarmente o ato coator desde que haja fundamento relevante e possibilidade de ineficácia posterior da medida, sendo-lhe facultado exigir prestação de caução pelo impetrante.
- e) A nova lei do mandado de segurança ratificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado em súmula da jurisprudência da Corte, segundo a qual não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

30 - (FUNCAB – DENTRAN/PE – Assessor Jurídico – 2010) Acerca da Lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, é **CORRETO** afirmar que:

- a) A petição inicial prescinde da demonstração dos requisitos estabelecidos pela lei processual, devendo somente indicar a autoridade coatora e a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.
- b) A sentença ou acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.
- c) Não se estende à autoridade coatora o direito de recorrer.
- d) 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.
- e) A sentença que conceder o mandado de segurança não pode ser executada provisoriamente.

31 - (VUNESP – CEAGESP – Advogado – 2010) Sobre o mandado de segurança, é **CORRETO** afirmar que:

- a) Poderá ser concedido quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.
- b) Poderá ser concedido quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.
- c) Poderá ser concedido quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado.
- d) Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama.
- e) O pedido de mandado de segurança não poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

32 - (CESGRANRIO – EPE – Advogado - 2010) Tucidides, brasileiro, casado, contador, pretende candidatar-se ao cargo de Analista de empresa pública federal, aduzindo ter preenchido todos os requisitos editalícios, não tendo, porém, admissão ao certame, por força de ato abusivo de autoridade do dirigente responsável pelo concurso. Apresenta, então, petição inicial com documentos. A medida liminar é indeferida, sendo requisitadas as informações à autoridade apontada como coatora, que se mantém silente. Os autos são remetidos ao Ministério Público que opina pela decretação da revelia, com o acolhimento das alegações autorais. O magistrado profere sentença julgando improcedente o pedido exordial. Observado o caso acima, constata-se que:

- a) O parecer do Ministério Público, no mandado de segurança, é vinculante.
- b) A ausência de informações não caracteriza a revelia.
- c) As informações são peças obrigatórias e a sua ausência impede o julgamento do mandado de segurança.

- d) A liminar, em mandado de segurança, deve sempre ser deferida.
- e) A parte pode apresentar novos documentos.

33 - (FCC – Defensoria Pública/SP – 2010) A Lei nº 12.016/2009, editada para disciplinar o mandado de segurança individual e coletivo, não só consolidou a legislação esparsa, como também harmonizou alguns entendimentos dos Tribunais acerca de aspectos processuais. A afirmação que **NÃO** se coaduna com a lei vigente e doutrina dominante é:

- a) A autoridade coatora tem legitimidade recursal independente da legitimidade do órgão ao qual se subordina.
- c) Da decisão que suspende a execução da liminar ou da segurança cabe agravo interno.
- d) O impetrante, em sede de mandado de segurança, carece de interesse jurídico no pedido de tutela antecipada, uma vez que o direito ameaçado ou violado pode ser assegurado por medida liminar.
- e) A massa falida, ainda que destituída de personalidade jurídica, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança.

34 - (FCC – PGE/AM – Procurador de Estado) O mandado de segurança:

- a) Não é cabível contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público.
- b) Não cabe de nenhuma decisão judicial, mesmo que terceiro seja prejudicado, podendo este apenas interpor o recurso cabível, antes de transitar em julgado a sentença, ou propor ação rescisória.
- c) Não é cabível contra ato de representantes ou órgãos de partidos políticos.
- d) É cabível de decisão judicial transitada em julgado proferida a favor da Fazenda Pública, como sucedâneo da ação rescisória.
- e) É cabível contra atos de dirigentes de entidades de proteção ao crédito, para liberação ou esclarecimento de dados, que constarem de seus assentamentos, negativos a respeito de consumidor.

35 - (FCC – BACEN – Procurador/prova 2 – 2006) Em ação de Mandado de Segurança:

- a) da sentença que denegar a ordem, por não se verificar direito líquido e certo, cabe Agravo de Instrumento.
- b) a apelação da sentença que conceder a ordem será recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo.
- c) revogada a liminar na sentença que denegar a ordem, a revogação só produzirá efeitos se, interposta Apelação, for improvida.
- d) não são admissíveis Embargos de Declaração.
- e) não cabem Embargos Infringentes do acórdão que, por maioria, der provimento à Apelação.

36 - (FCC – PGE/SP – Procurador do Estado – 2002) Impetrado mandado de segurança contra determinado ato do Governador do Estado:

a) e deferida a liminar, poderá essa decisão ser cassada, pelo próprio magistrado que a deferiu, se houver alteração do quadro probatório dos fatos que envolvem o ato impugnado, com a apresentação de contestação pelo litisconsorte passivo.

b) da sentença que concede a ordem, caberá recurso de apelação e, se caso for, deste acórdão caberá recurso especial e/ou recurso extraordinário.

c) indeferido liminarmente pelo relator, caberá recurso ordinário, e caso seja obstado seu encaminhamento ao tribunal competente para análise do juízo de admissibilidade, caberá reclamação.

d) e deferida a liminar, é admissível o ingresso de litisconsorte ativo facultativo, por simples pedido deste, que também poderá beneficiar-se da decisão, se formular requerimento expresso para tanto.

e) e deferida a liminar, pode-se executá-la, em caráter provisório, sendo admissível a exigência de caução, pois que se trata de ordem provisória e revogável a qualquer tempo.

37 - (FCC – PGE/SE – Procurador do Estado – 2005) Relativamente ao mandado de segurança, é **INCORRETO** afirmar:

a) O direito líquido e certo é aquele manifesto em sua existência e que pode ser demonstrado documentalmente.

b) Trata-se de ação civil ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, aplicando-se, mesmo que subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.

c) É ação de cognição sumária.

d) O sujeito passivo é a pessoa jurídica de direito público ao qual está vinculada a autoridade coatora.

e) Contra acórdão que julga a impetração originariamente, denegando a ordem, somente cabe Recurso Extraordinário.

38 - (FCC – PGE/RR – Procurador de Estado – 2006) Na ação de Mandado de Segurança:

a) contra acórdão não unânime que der provimento à apelação cabem embargos infringentes.

b) o pedido não poderá ser renovado se a decisão denegatória tiver por fundamento a falta de liquidez do direito do impetrante.

c) haverá ampla dilação probatória.

d) somente a autoridade coatora tem legitimidade para recorrer da sentença que conceder a segurança.

e) não é possível concessão de liminar que tenha por objeto aumento de vencimentos de funcionário público.

39 - (FGV – SEA/AP – Fiscal da Receita Estadual – 2010) A Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, passou a regular o Mandado de Segurança individual e coletivo, este introduzido pela Constituição de 1988. À luz dessa novel legislação, é **CORRETO** afirmar que o Mandado de Segurança pode:

a) ser impetrado para atacar lei em tese.

- b) permitir a prova pericial.
- c) admitir dilação probatória.
- d) ter o seu exercício sem prazo definido.
- e) somente ocorrer mediante prova pré-constituída.

40 - (MPE/MG – Promotor de Justiça – 2010) Assinale a alternativa **CORRETA**:

- a) Dada a celeridade exigida para o processamento do mandado de segurança e a ausência de previsão de agravo de instrumento na respectiva lei, não se admite a interposição de tal recurso contra decisão que concede ou denega liminar na ação mandamental.
- b) Embora a Lei de Mandado de Segurança não preveja o cabimento de agravo, a doutrina e a jurisprudência, alicerçadas no princípio do duplo grau de jurisdição, admitem a interposição desse recurso contra decisão que concede ou denega liminar, aplicando supletivamente o Código de Processo Civil.
- c) Na Lei de Mandado de Segurança há previsão expressa de cabimento do recurso de agravo, restrito, porém, à hipótese de concessão de liminar.
- d) Mesmo não havendo previsão de recurso de agravo em mandado de segurança, a decisão concessiva de liminar pode ser impugnada por meio de pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal.
- e) Há previsão expressa na Lei de Mandado de Segurança do cabimento de agravo contra decisão que concede ou denega liminar.

41 - (CESGRANRIO – PETROBRÁS – Advogado – 2005) A Empresa Transportes do Brasil Ltda. foi cientificada de ato administrativo que, na concepção de seus administradores, seria ilegal. Inconformada, apresentou administrativamente pedido de reconsideração sem efeito suspensivo, que restou negado. A alternativa proposta por um dos advogados da empresa foi impetrar mandado de segurança. Nesse caso, há prazo de decadência para a impetração do mandado?

- a) Não há prazo para a impetração.
- b) Sim, de 120 (cento e vinte) dias contados da ciência da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração.
- c) Sim, de 120 (cento e vinte) dias contados da ciência do ato impugnado.
- d) Sim, de 180 (cento e oitenta) dias contados da ciência da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração.
- e) Sim, de 180 (cento e oitenta) dias contados da ciência do ato impugnado.

42- (CESPE – MPE/RO – 2008) Com relação ao mandado de segurança em matéria penal, assinale a opção **CORRETA** à luz do entendimento do STJ.

- a) O MP não possui legitimidade para propor ação mandamental com o fim de conferir efeito suspensivo a recurso de agravo em execução.

- b) Cabe mandado de segurança contra decisão que concede, nega ou revoga suspensão condicional do processo.
- c) A competência para a apreciação do mandado de segurança em matéria penal é fixada em razão da competência jurisdicional, e não da autoridade da qual emanou o ato combatido.
- d) A comprovação do direito líquido e certo não é condição intransponível à concessão do mandado de segurança em matéria penal.
- e) É cabível mandado de segurança interposto por pessoa interessada, com a finalidade de impugnar o ato judicial que, acolhendo promoção do MP, determinou o arquivamento de inquérito policial.

43 – (CESPE – MPE/RO – 2008) Acerca do mandado de segurança e da ação popular, assinale a opção **INCORRETA**.

- a) Segundo o entendimento do STJ, a teoria da encampação preceitua que, quando houver a indicação equivocada da autoridade coatora, se torna desnecessária a correção da irregularidade se o agente hierarquicamente superior trazido ao processo assumir a defesa do ato praticado pelo seu subordinado.
- b) Admite-se a impetração de mandado de segurança contra atos judiciais, desde que inexistam instrumentos recursal idôneo e que não haja o trânsito em julgado da decisão impugnada. Nesse contexto, nos casos em que terceiro prejudicado impetra mandado de segurança contra ato judicial, não se exige, segundo o entendimento do STJ, o requisito da inexistência de recurso cabível.
- c) Segundo o entendimento firmado pelo STF, o pedido de reconsideração do ato ilegal protocolado na via administrativa não tem o condão de interromper o prazo decadencial.
- d) De acordo com a jurisprudência do STF, a pessoa jurídica tem legitimidade para propor a ação popular com fundamento no princípio da máxima efetividade das garantias fundamentais.
- e) Às decisões judiciais proferidas em mandado de segurança coletivo é aplicável o regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

44 – (FGC – BADESC – 2010) Mévio é empregado em empresa do ramo industrial, sob regime de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, havendo depósito regular do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço). Acometido de doença profissional, regularmente atestada por médico vinculado ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), procura agência bancária, responsável pela administração do FGTS. Nesse momento é surpreendido pela notícia de que o Superintendente do estabelecimento financeiro havia determinado que, nos casos de doença profissional, com aposentadoria por invalidez, deveria, além do atestado médico oficial, ser realizada perícia por médicos do quadro da instituição financeira. Aduzindo ser tal ato ilegal, Mévio consulta advogado que impetra Mandado de Segurança contra o ato do Superintendente da instituição financeira, que é sociedade de economia mista. A liminar não restou deferida, havendo recurso interposto, ocorrendo a notificação da autoridade coatora, para as devidas informações. No bojo das informações o Superintendente aduz que não pode ser considerado autoridade coatora e os atos praticados são de administração de pessoa jurídica não afeta ao controle do Poder Judiciário. O autor requer prova pericial suplementar.

Diante do exposto, é **CORRETO** afirmar que:

- a) o mandado de segurança permite a produção de todas as provas admitidas em Direito.
- b) a decisão que defere ou indefere medida liminar, em mandado de segurança, é irrecurável.
- c) os atos de sociedade de economia mista estão infensos ao controle por mandado de segurança.
- d) as informações não prestadas, no prazo legal, caracterizam os efeitos da revelia.
- e) o mandado de segurança somente admite prova documental.

45 - (CESPE – TER/BA – Analista Judiciário – 2010)

Um partido político que possua representação no Congresso Nacional está autorizado a impetrar mandado de segurança coletivo desde que devidamente autorizado por aqueles cujos direitos se pretenda tutelar.

Certo Errado

46 - (CESPE – TRE/MT - 2009) - O mandado de segurança pode ser interposto mesmo contra ato administrativo do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução?

47 – (CESPE - PCRN/Delegado - 2009) Ainda que haja projeto de emenda constitucional desrespeitosa de cláusula pétreia, não é cabível mandado de segurança para impedir sua tramitação.

48 – (CESPE – EMBASA – Advogado – 2010) Segundo entendimento pacífico do STJ, não é cabível a impetração de mandado de segurança contra ato praticado em sede de concurso público por dirigente de sociedade de economia mista.

Certo Errado

49 – (ESAF – SEFAZ/CE – 2006) É possível a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional?

50 – (FCC – TRE/AP – 2006) Cabe mandado de segurança contra sentença que não tenha recurso próprio processual, ou se previsto recurso, não seja ele apto a impedir os efeitos lesivos de maneira pronta, por falta do seu efeito suspensivo.

Certo Errado

51 – (FCC – TRE/AP – 2006) A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade coatora.

Certo Errado

52 – (CESGRANRIO – BACEN – Analista/Área 06 – 2010) Um candidato ao cargo de Analista do Banco Central não havia concluído o curso de nível superior exigido para o concurso. Sua formatura

estava marcada para o final de 2009, e a primeira prova do concurso prevista para dezembro do mesmo ano. O edital do concurso exigia a apresentação do diploma no dia designado para a posse no cargo almejado. A inscrição foi efetivada e o candidato, aprovado. No dia da posse apresentou declaração de conclusão do curso de nível superior, vez que o seu diploma ainda não havia sido expedido. Os responsáveis pela posse negaram o ato ao candidato aprovado por descumprimento de regra editalícia. A autoridade coatora que praticou o ato foi o Gerente responsável pelos Recursos Humanos, em exercício no Rio de Janeiro. A medida liminar foi indeferida, e o candidato apresentou o recurso cabível, obtendo medida liminar favorável à sua pretensão. A decisão final do órgão judiciário competente concluiu que houve a caracterização de ato abusivo ou ilegal por parte da autoridade indicada no mandamus. Com base nesse relato, foram feitas as afirmações a seguir.

I – Sendo o Gerente de Recursos Humanos do Banco Central a autoridade impetrada no Rio de Janeiro, o órgão competente para julgamento seria o Supremo Tribunal Federal.

II – A norma do edital do concurso pode ser atacada por meio de Mandado de Segurança, por ofender direito individual do candidato, que não pode ser punido por ato que não praticou.

III – O Mandado de Segurança depende, regra geral, de prova pré-constituída.

IV – No Mandado de Segurança, a liminar deve sempre ser deferida.

V – A ausência do diploma pode ser comprovada, no Mandado de Segurança, por testemunhas.

Estão corretas APENAS as afirmações:

a) I e IV.

b) II e III.

c) IV e V.

d) I, III e IV.

e) II, III e IV

53 – (CESPE – Defensor Público/PI – 2009) Com relação ao mandado de segurança coletivo e ao mandado de injunção, assinale a opção **CORRETA**.

a) Se um partido político ajuizar mandado de segurança coletivo, esta ação induzirá litispendência caso algum cidadão ajuíze individualmente uma ação sobre o mesmo fato.

b) Para que uma entidade de classe possa ajuizar mandado de segurança coletivo, a pretensão veiculada deve ser de interesse da totalidade da respectiva categoria.

c) O entendimento atual do STF é de que é cabível liminar em mandado de injunção.

d) Quando um mandado de segurança coletivo é ajuizado contra pessoa jurídica de direito público, a autoridade judiciária pode conceder liminarmente a segurança sem ouvir a parte contrária.

e) Segundo o STF, entidade de direito privado é parte passiva ilegítima em mandado de injunção.

54 – (Técnico da Receita Federal – 2002) Indique quais situações, entre outras, “suspendem” a exigibilidade do crédito tributário:

- a) a concessão de medida liminar em mandado de segurança; a isenção condicionada; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.
- b) o depósito do montante integral do crédito; a isenção condicionada; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; a anistia fiscal.
- c) a moratória; o depósito do montante integral do crédito; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
- d) a moratória, a anistia fiscal, a remissão; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
- e) a concessão de medida liminar em mandado de segurança, a isenção condicionada; as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; a isenção condicionada.

55 – (CESPE – TSE – Analista Judiciário) O TSE, em decisão tomada por maioria absoluta, indeferiu um mandado de segurança impetrado contra ato do presidente do TRE-PE. Nesse caso, com base na Constituição da República, a decisão do TSE é recorrível, pois:

- a) as decisões do TSE são recorríveis, exceto quando tomadas por maioria qualificada de dois terços.
- b) as decisões do TSE são recorríveis, exceto quando unânimes.
- c) são recorríveis as decisões do TSE que indefiram recursos.
- d) cabe recurso da denegação de mandado de segurança pelo TSE.

10. Gabarito

1 – B

(Capítulo 02 – A resposta está associada à definição de prova pré-constituída que, segundo analisamos, se refere à capacidade do impetrante produzir provas documentais no momento da distribuição do mandado de segurança suficientes a demonstrar a violação de direito líquido e certo).

2 – D

(De acordo com o artigo 21 da Lei n.º 12.016/2009, os organismos sindicais e entidades de classe ou associações constituídas há pelo menos um ano, bem como partidos políticos com representação no congresso possuem legitimidade para impetrar mandado de segurança desde que com o objetivo de defender seus objetivos estatutários ou proteger os interesses de seus associados ou membros contra a violação de direitos).

3 – C

(Capítulo 02 – A alternativa “A” que cita o mandado de segurança está errada, pois, como explicitamente mencionado no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, essa ferramenta só poderá ser utilizada para defender direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*).

4 – A

(Capítulo 02 – Quando se fala em prova pré-constituída não significa dizer que o mérito do mandado de segurança será analisado exclusivamente por matéria de fato, mas sim em prova documental inequívoca da violação de direito por parte do Estado ou seus delegatários. Mas, além disso, a discussão poderá ficar em torno de matéria de direito, hipótese que não se descarta a necessidade de prova pré-constituída, claro que nesse caso resumida a demonstração de que o impetrante se encontra na condição de beneficiário ou tutelado pela norma jurídica em questão.)

5 – C

(Capítulo 07 – O artigo 23 da Lei n.º 12.016/2009 estabelece que o prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias a contar da data da ciência do ato impugnado pelo impetrante. Entretanto, destaca-se o entendimento jurisprudencial de que em circunstâncias de trato sucessivo o prazo de decadencial se renovará continuamente).

6 – B

(A alternativa “A” que cita o mandado de segurança está correta, de acordo com artigo 21 da Lei n.º 12.016/2009).

7 – C

(Capítulo 05 – O mandado de segurança poderá ser preventivo, hipótese que terá como fundamento a ameaça à lesão de direito líquido e certo, ou repressivo, hipótese que terá como fundamento a efetiva lesão).

8 – D

(Capítulo 07).

9 – C

(Capítulo 07 – ver artigo 109, VIII, da Constituição Federal).

10 – B

(Trata-se de uma interpretação possível com base na redação do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal. Na verdade, entendemos que a indicação do não cabimento de mandado de segurança quando for possível a utilização de *habeas corpus* ou *habeas data* tem como preocupação evitar seu manejo para tutelar direito à liberdade e direito à informação cadastral pessoal mantida por banco de dados de caráter público).

11 – C

(Capítulo 07).

12 – C

(Capítulo 03 – A alternativa “A” que cita o mandado de segurança está incorreta, pois para que a pessoa jurídica de direito privado seja demandada através de *writ* é fundamental que a mesma esteja desempenhando função de Estado e o ato impugnado não seja de gestão, por força do artigo 1º, §2º da Lei n.º 12.016/2009).

13 – C

(Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, há vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece legitimidade ativa *ad causam* às entidades mencionadas na Lei n.º 12.016/2009 para impetrar mandado de injunção coletivo).

14 – A

(Capítulo 05 – De acordo com súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado como ação de cobrança).

15 – D

(A alternativa “B” que cita o mandado de segurança está incorreta, pois o artigo 21 da Lei n.º 12.016/2009 estabelece que para impetrar mandado de segurança coletivo o partido político deve ter representação no congresso nacional).

16 – B

(Capítulo 03 - A alternativa “D” que cita o mandado de segurança está correta, pois o inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal não deixa dúvida quanto à possibilidade de o delegatário de função ou atribuição estatal, com personalidade jurídica de direito privado, ser considerado autoridade coatora).

17 – A

(Vide gabarito da questão n.º 15).

18 – C

(A Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica de autarquia federal, aplicando-se a regra de competência definida no artigo 109, VIII, da Constituição Federal).

19 – B

(Ver artigo 22 da Lei n.º 12.016/2009).

20 – B

21 – D

22 – C

23 – D

24 – B

(Capítulo 05).

25 – E

(Capítulo 06 - A alternativa “A” que cita o mandado de segurança está incorreta, pois, como vimos, há entendimento jurisprudencial pacífico quanto à possibilidade de impetração do mandado de segurança em processo penal, normalmente efetiva pela acusação).

26 – E

(*Dano ao patrimônio público* é pressuposto da ação popular, direito fundamental de qualquer pessoa natural que esteja em dia com suas obrigações eleitorais e um dos remédios constitucionais, bem como da ação civil pública, medida judicial regida pela Lei n.º 7347/1985).

27 – D

(O artigo 7º, § 1º, da Lei n.º 12.106/2009 estabelece que da decisão que conceder ou negar liminar o recurso cabível é o agravo de instrumento. Mas, o fundamental da questão encontra-se no artigo 15, § 3º, da mesma lei, que dispõe que 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 de execução da liminar ou de sentença que venha representar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas).

28 – D

(Capítulo 03 – A afirmativa “I” está incorreta porque não é todo ato praticado pelo administrador de concessionária de serviço público que pode ser impugnado por meio do mandado de segurança. O § 2º do artigo 1º é claro ao definir que o ato de gestão não pode ser questionado pela via mandamental; A afirmativa “II” está incorreta porque o mandado de segurança, de acordo com o artigo 20 da Lei n.º 12.016/2009, tem prioridade de julgamento sobre as demais ações, com exceção do *habeas corpus*; A afirmativa “III” está incorreta porque a competência para processar e julgar originariamente mandado de injunção que trate de norma regulamentadora editada por órgão, entidade ou autoridade federal é dos juízes federais, entendimento que pode ser confirmado no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Injunção n.º 185/DF julgado pelo STJ).

29 – A

(Capítulos 01 e 02 – A afirmativa “B” está incorreta porque o recurso cabível em primeira instância contra a decisão de mérito que concede ou não a segurança é a apelação cível, que em regra possui efeito meramente devolutivo. Entretanto, vale observar a regra do artigo 18 da Lei n.º 12.016/2009, que trata da utilização do recurso especial e extraordinário direcionados respectivamente ao STJ e STF contra as decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos Tribunais e recurso ordinário, quando a ordem for denegada; A afirmativa “B” está incorreta porque o artigo 14, § 4º, da Lei n.º 12.016/2009 estabelece que os efeitos financeiros decorrentes da decisão que concede a segurança serão considerados a partir da decisão mandamental).

30 – D

(O artigo 7º, § 2º, da Lei n.º 12.016/2009 é taxativo ao dispor que não poderá ser 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. A afirmativa “B” está incorreta porque, como determina o artigo 19 a sentença ou acórdão que denegar a segurança sem decidir o mérito

não impedirá o interessado de pleitear seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais através de ação própria. A afirmativa “C” está incorreta, pois, como se verifica do artigo 14, § 2º, da Lei n.º 12.016/2009, o interesse recursal em caso de decisão desfavorável ao Estado é extensivo à autoridade coatora. A afirmativa “E” está incorreta porque o artigo 14, § 2º da mesma lei define a possibilidade de execução provisória da sentença que conceder o mandado de segurança).

31 – D

(Segundo o artigo 4º, § 1º, da Lei n.º 12.016/2009, em caso de urgência, o juiz pode determinar a notificação por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência da autoridade coatora. A afirmativa “A” está incorreta porque, como vimos no Capítulo 06, existe clara vedação no artigo 5º, I, da lei reguladora veda mandado de segurança contra ato administrativo impugnado por recurso administrativo com efeito suspensivo. A afirmativa “B” está incorreta, pois o inciso II do mesmo dispositivo legal restringe a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. A afirmativa “C” está incorreta, na forma do inciso III do referido artigo. Por fim, a afirmativa “E” está incorreta porque o artigo 6º, § 6º do novel diploma estabelece a possibilidade de renovação do mandado de segurança dentro do prazo decadencial quando a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito).

32 – B

(De acordo com entendimento jurisprudencial, capitaneado pelo Superior Tribunal de Justiça, a não apresentação da peça de informações pela autoridade não inviabiliza o julgamento do mandado de segurança e, ainda, não produz os efeitos da revelia tradicionalmente aplicada no processo civil – ver Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 26170/RO).

33 – B

(Capítulo 03 – O artigo 1º, §§ 1º e 2º, estabelece que o agente de concessionária de serviço público é equiparado ao conceito de autoridade pública e que seus atos de gestão não podem ser impugnados pela via mandamental).

34 – A

(Vide gabarito da questão n.º 33. A afirmativa “C” está incorreta, pois o artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.016/2009 inova ao fixar que os representantes ou órgãos de partidos também podem figurar no polo passivo em mandado de segurança).

35 – E

(O artigo 25 da Lei n.º 12.016/2009 veda a utilização de embargos infringentes em mandado de segurança, assim como a condenação em honorários advocatícios. A afirmativa “A” está incorreta porque, como preceitua o artigo 14 do mesmo diploma, o recuso cabível contra decisão denegatória ou concessiva da segurança é apelação cível).

36 – E

37 – E

(O artigo 18 da Lei n.º 12.016/2009 dispõe que 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).

38 – E

(O artigo 7º, § 2º, da Lei n.º 12.016/2009 estabelece que 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).

39 – E

40 – E

(Vide gabarito da questão n.º 27).

41 – C

(Vide gabarito da questão n.º 05).

42 – A

43 – D

(De acordo com o artigo 5º, LXXIII, da Carta Política, a ação popular é um remédio constitucional direcionado ao cidadão-eleitor, como forma de conferir meios eficazes de impugnação de atos lesivos praticados contra a moralidade administrativa, o meio ambiente e patrimônio público. A afirmativa “A” está correta porque, como vimos no Capítulo 04, a teoria da encampação tem como objetivo minimizar a dificuldade que o cidadão pode ter em identificar em situações excepcionais a autoridade que efetivamente praticou o ato impugnado. A afirmativa “B” está correta porque predomina na Corte Superior o entendimento de que o terceiro prejudicado poderá impetrar mandado de segurança contra ato judicial desde que não seja cabível o manejo de embargos de terceiro e não seja necessária dilação probatória, conforme Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 28.664/SP. Ademais, a súmula 201 do referido Tribunal consolidou entendimento de que a impetração de segurança pelo terceiro contra ato judicial não se condiciona a interposição de recurso. A afirmativa “C” está correta porque se coaduna com a súmula 430 do Supremo Tribunal Federal).

44 – E

45 – Errado

(O artigo 21 da Lei n.º 12.016/2009, que trata da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo com o fito de defender direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros e desde que pertinentes às suas finalidades, é taxativo ao descartar a necessidade de autorização especial).

46 – A Lei n.º 12.016/2009 estabelece, em seu artigo 5º, inciso I, que “*não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução*”.

47 - A afirmativa é falsa, pois é possível impetrar mandado de segurança quando se estiver diante de atos praticados no processo de tramitação de leis e emendas constitucionais que não se harmonizem com o processo legislativo constitucional, como é o caso de emenda constitucional que viole cláusula pétreia.

48 – Errado

(A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que cabe mandado de segurança contra ato de dirigente de sociedade de economia mista quando investido em função delegada pelo Poder Público. Precedentes: AgRg no REsp 1.067.107/RN, Rel. Ministro Herman

Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/6/2009 e AgRg no CC101.260/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 9/3/2009).

49 - Sim, entretanto deve o impetrante demonstrar, além da violação de direito líquido e certo, a inexistência de recurso com efeito suspensivo e que o provimento do recurso cabível não seria suficiente à evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

50 – Certo

51 – Errado

(Capítulo 06 – ver súmula 429 do Supremo Tribunal Federal).

52 – B

53 – E

54 – D

55 – D

11. Modelos de Petição

a) Mandado de Segurança em licitação (impugnação de resultado de pregão eletrônico):

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

EMPRESA DIGITAL, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º XXXXXXXXXXXXXXXX, com sede a Rua _____, vem, através de seus advogados *in fine* assinados, impetrar o presente MANDADO DE SEGURANÇA em face do PRESIDENTE DA LOTERIA DO ESTADO, autarquia estadual inscrita no CNPJ sob o n.º XXXXXXXXXXXX, com endereço à _____, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

DOS FATOS

Trata-se de certame em andamento junto à Loteria do Estado, presidida pela autoridade coatora, cujo objeto “*é a contratação de empresa para, com exclusividade, prestar os serviços de criação de produtos (jogos), impressão dos bilhetes, estocagem, distribuição dos produtos de Loteria Instantânea e Loteria Mista no âmbito do Estado e também a elaboração, propositura, orientação e execução de campanhas publicitárias*”, pelo prazo de _____ meses e no valor estimado de R\$ _____.

Cumprir destacar que está marcada para o próximo dia 25 de janeiro, às 10hs, na sede da mencionada autarquia estadual, a realização da sessão pública para abertura dos envelopes de habilitação e, se possível, proposta das empresas interessadas. Entretanto, como se pretende demonstrar com o presente *mandamus*, o instrumento convocatório pertinente ao mencionado processo de contratação está excessivamente contaminado por ilegalidade, fato que, por óbvio, torna absolutamente inviável o prosseguimento da competição.

Diante dos inúmeros vícios encontrados no edital e com o objetivo de facilitar a compreensão do MM. Juízo, cumpre inicialmente arrolar os pontos que se pretende impugnar com a presente medida judicial para, posteriormente, serem apresentados os argumentos que justificam a intervenção do Poder Judiciário com vistas a manter a legalidade das atividades desenvolvidas pela Administração Pública. Após análise cuidadosa foi possível identificar os seguintes pontos:

- 1) Erro na fixação do valor estimado para contratação – necessidade de audiência pública (violação ao artigo 39 da Lei Nacional n.º 8.666/93);
- 2) Obscuridade na descrição do objeto licitado (violação ao artigo 40, I da Lei Nacional n.º 8.666/93);
- 3) Inexistência de Projeto Básico Adequado (violação ao artigo 6º, IX da Lei Nacional n.º 8.666/93);
- 4) Inadequação do Orçamento previsto no Edital;

- 5) Deficiência e Ilegalidade dos Requisitos de Qualificação técnica (violação ao artigo 30, II da Lei Nacional n.º 8.666/93);
- 6) Apresentação de Exigências Restritivas à Competição (violação ao artigo 3º da Lei Nacional n.º 8.666/93)

Sendo assim, com o fito de trazer a lume os vícios editalícios que, além de certamente comprometerem o resultado da licitação, violam o direito líquido e certo da impetrante de obter informações claras e objetivas da Administração Pública durante a realização de processo licitatório, os argumentos serão produzidos em respeito a ordem elencada acima.

2.1) DO ERRO NA FIXAÇÃO DO VALOR ESTIMADO PARA CONTRATAÇÃO – NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA PÚBLICA (ART. 39 DA LEI N.º 8.666/93)

Antes de apresentar os argumentos que fundamentam o vício que se pretende ressaltar, vale transcrever o artigo 39 da Lei Nacional n.º 8.666/93, que obriga a Administração Pública realizar audiência pública na hipótese da contratação superar em 100 (cem) vezes o patamar previsto no artigo 23, I, “c” do mesmo Diploma Legal, ou seja, R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais). Segue abaixo:

“Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

De acordo com o subitem 3.2 do edital ora impugnado, a autarquia estadual estimou o valor do contrato de prestação de serviço a ser firmado com a licitante vencedora, **pelo prazo de 60 (sessenta) meses**, em R\$ _____, *“tendo como base de cálculo a participação da licitante vencedora, correspondente à aplicação do percentual estabelecido no subitem 8.4.4.2. sobre a receita líquida”*.

E no subitem 8.4.4.2 ficou estabelecido que a receita líquida define-se como o produto da distribuição dos bilhetes ao mercado a preço de face, deduzido o valor em cada plano lotérico dos prêmios e dos tributos incidentes sobre os prêmios, incluindo-se despesas e encargos fiscais da licitante-contratada. E, supostamente para dar base à quantia estimada, a mencionada autarquia apresenta no edital a projeção do valor total de distribuição durante todo prazo contratual, levando em consideração valores estimados.

Nota-se pelos valores apresentados na tabela do item 3 do Edital, um aumento de arrecadação nos últimos quatro anos de estimativa em torno de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) por ano. Assim, desde o ano 1 da tabela do item 3 do Edital até o ano 5, haverá, ao todo, um considerável acréscimo de

arrecadação de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais), que corresponde a um aumento de aproximadamente 44% em comparação ao Ano 1.

Quanto à média/mês prevista na tabela do item 3 do Edital, verifica-se que do Ano 1 para o Ano 5, haverá uma variação de R\$ 3.750.000,00 (três milhões, setecentos e cinquenta mil reais) para R\$ 6.558.773,00 (seis milhões, quinhentos e cinquenta e oito mil, setecentos e setenta e três reais), ou seja, quase 50% (cinquenta por cento) com relação ao ano inicial tomado como base para o valor máximo estimado de arrecadação. Ou seja, com base na projeção feita no instrumento convocatório não há a configuração da hipótese prevista no artigo 39 da Lei Nacional n.º 8.666/93, pois a receita líquida da empresa contratada não ultrapassaria o limite de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) para todo período contratual. Entretanto, para perplexidade da empresa impetrante, tal estimativa é absolutamente contraditória em relação aos valores efetivamente praticados ao longo dos últimos 04 (quatro) anos de contrato com a atual prestadora de serviços, o que conduz à irregularidade do processo licitatório.

Ora, de acordo com as informações constantes do sítio eletrônico da Secretaria Estadual de Receita, os demonstrativos da execução orçamentária da receita do Estado do Rio de Janeiro com as atividades ora licitadas nos anos de 2006, 2007, 2008 e 2009 revelam que a LOTERIA arrecadou quantias muito superiores à estimativa feita. Segundo os dados ora apresentados, o valor total arrecadado pela mencionada autarquia com venda de bilhetes de loteria instantânea, por exemplo, foi de R\$ 217.479.542,00 (duzentos e dezessete milhões, quatrocentos e setenta e nove mil, quinhentos e quarenta e dois reais).

Levando em consideração os dados trazidos pela impetrante, com base apenas em UM dos produtos explorados pela empresa contratada – qual seja – loteria instantânea (denominada “raspadinha”) – e o percentual vencedor à época do último procedimento licitatório (84%), tem-se que a receita líquida da contratada nesses quatro anos ultrapassou a quantia de R\$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais). Frise-se que a LOTERIA também arrecada com a exploração de outras modalidades de jogos pela empresa contratada, e suas cessionárias, atividades essas denominadas como “Loteria Mista” e “Loteria Convencional de Múltiplas Chances”.

A obrigatoriedade de realização de audiência pública prevista na lei sob comento, em decorrência do alto valor contratado pela Administração Pública, tem como objetivo garantir às instâncias de controle, que vão desde o Ministério Público Estadual até o cidadão comum, acesso às informações pertinentes ao objeto do contrato e assim obter maior transparência e segurança no procedimento administrativo de contratação. Portanto, a decisão de ignorar os dados concretos oferecidos pelo próprio Estado do Rio de Janeiro, e subestimar arditamente a capacidade arrecadatória da atividade objeto do certame, reflete a clara intenção da autoridade impetrada de a todo custo evitar que seja oferecida à sociedade ampla divulgação da contratação que se pretende levar a efeito.

Segundo a doutrina de Marçal Justen Filho, em sua clássica obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*⁹⁰, “ausência ou invalidade da audiência acarreta nulidade do procedimento licitatório”, pois simboliza a negativa da Administração Pública em proteger os interesses colocados sob tutela do Estado. Todavia, além de violar o interesse público sob o enfoque da supressão do direito coletivo de obtenção de informações pertinentes ao objeto ora licitado, é válido mencionar que a manutenção de estimativa absolutamente destoante da realidade estampada nos demonstrativos financeiros divulgados pelo Estado do Rio de Janeiro reforça a situação de vulnerabilidade da LOTERIA em relação à exigência contida no subitem 12.6 do Edital, que trata da garantia que deverá ser ofertada pela licitante vencedora correspondente a 2% (dois por cento) do valor contratual previsto no subitem 3.2.

Embora seja uma faculdade da autoridade impetrada, segundo interpretação literal da lei, a garantia exigida não atende em sua plenitude o interesse público de evitar prejuízos da Administração Pública no caso de inadimplência da contratada em relação às suas obrigações. Essa possibilidade se torna ainda mais preocupante quando é identificada a intervenção da autarquia licitante, baseada em dados fictícios, no planejamento econômico das empresas que eventualmente se apresentem como interessadas, bem como em razão do fato da LOTERIA ter estimado em R\$ 112.516.992,00 (cento e doze milhões, quinhentos e dezesseis mil, novecentos e noventa e dois reais) o valor contratual anterior que, como visto, esteve muito aquém do resultado alcançado.

2.2) DA OBSCURIDADE NA DESCRIÇÃO DO OBJETO LICITADO (ART. 40, I DA LEI N.º 8.666/93)

Como já destacado, trata-se de procedimento licitatório, realizado pela modalidade concorrência, cujo objeto “*é a contratação de empresa para, com exclusividade, prestar os serviços de criação de produtos (jogos), impressão dos bilhetes, estocagem, distribuição dos produtos de Loteria Instantânea e Loteria Mista no âmbito do Estado e também a elaboração, propositura, orientação e execução de campanhas publicitárias*”. Antes de tecer maiores comentários, porém, importa destacar que o artigo 40, I da Lei Nacional n.º 8.666/93 reza que o objeto da licitação deve ser apresentado de forma sucinta e clara de maneira que os licitantes tenham a correta interpretação da necessidade da Administração Pública, bem como dos requisitos que permitirão a apresentação de proposta compatível com as características do produto ou serviço futuramente contratado. E conforme destacado por Marçal Justen Filho, a Súmula 177 do Egrégio Tribunal de Contas da União prevê que “*a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação (...)*”⁹¹.

No caso em tela, a criação de produtos (jogos), impressão dos bilhetes, estocagem, distribuição e realização de campanhas publicitárias dos produtos da Loteria Instantânea e Loteria Mista dizem respeito

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. 12ª Edição. pág. 497. Editora Dialética.

⁹¹ Nota de rodapé n.º 246, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. pág. 503.

à própria gestão de todas as atividades que correspondem à atividade econômica de exploração de jogos lotéricos, considerada por legislação específica como serviço público.

As atividades descritas no item 2.1 do Edital da Concorrência 02/2009 como sendo o objeto da licitação não refletem a realidade da loteria. É evidente que, para obter a prestação dos serviços referenciados no item 2.1 do Edital, a mera indicação dos itens componentes do serviço de loteria pretendido não basta para a escoreta caracterização do objeto. Necessário se faz, para evitar futuras falhas ou ineficiências no atendimento à demanda administrativa, que se licite a administração e o gerenciamento dos serviços de loteria, e não apenas os itens operacionais que compõem o serviço público de loterias propriamente dito. Da forma como descrito no item 2.1. do mencionado ato convocatório, resta mais do que claro que o escopo de administração do serviço público de loterias transmudou-se em um picote de diversas atividades. Essas atividades de criação, impressão dos bilhetes, estocagem e distribuição, apesar de integrarem o serviço público de loteria, não podem ser tomadas como partes destacáveis do objeto pretendido com a Concorrência 02/2009, devendo, obrigatoriamente, integrarem a gestão da exploração dos jogos lotéricos.

Ora, a licitação deve permitir a escolha da LOTERIA de empresa que ficará responsável pela exploração dos serviços de planejamento, distribuição e comercialização do produto lotérico a ser adquirido. Portanto, a descrição do objeto encontrada no Edital da Concorrência 02/2009, ao estipular aleatoriamente atividades soltas referentes à loteria, contraria, também, a própria legislação da LOTERIA acima citada, a qual determina que, dentre as atividades a cargo do operador das loterias encontra-se, evidentemente, o seu necessário planejamento. Entretanto, caso seja admitida a regularidade da descrição acima impugnada, deve ser observado outro fato que torna da mesma forma obscuro o objeto elaborado pela autarquia presidida pela autoridade impetrada e que repercute na aferição da verdadeira aptidão das empresas interessadas: a possibilidade dos serviços de impressão, estocagem e publicidade serem “terceirizados” pela licitante vencedora, segundo denominação contida no próprio instrumento convocatório, conforme subitem 12.3 e 18.2. No subitem 12.3, a LOTERIA autoriza a apresentação de documentos de qualificação das empresas eventualmente terceirizadas para a prestação dos serviços de impressão e estocagem num prazo máximo de 20 (vinte) dias a contar da homologação do resultado do certame.

Ora, sabe-se que é através da definição do objeto a ser licitado que a Administração Pública poderá aferir a capacidade técnica das empresas interessadas em contratar com ela. A comprovação da habilitação das empresas licitantes, ou seja, a demonstração de que possuem condições de cumprir as obrigações que serão assumidas, deve estar intimamente relacionada ao objeto do certame. Ademais, a comprovação dessa aptidão, na forma procedimental prevista na Lei Nacional n.º 8.666/93, deve ocorrer antes da apresentação da proposta e em hipótese alguma após a homologação do resultado, até mesmo porque, nesse caso, poder-se-ia homologar resultado em favor de empresa que não tivesse comprovado aptidão para desempenhar integralmente as atividades que correspondem ao objeto do certame.

Mesmo se admitindo a possibilidade de subcontratação total ou parcial do objeto licitado, com base no artigo 72 da Lei Nacional n.º 8.666/93, tal mecanismo não pode servir de fundamento para livrar as licitantes da comprovação de que possuem condições de atender isoladamente os requisitos técnicos previstos no edital e as obrigações que correspondem ao objeto do contrato de prestação de serviços. Segundo Marçal Justen Filho, em obra já citada, sobre a subcontratação, existem duas questões a considerar, sendo que *“a primeira se relaciona com os riscos de receber uma prestação mal executada. Estes riscos conduzem a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual. A segunda tem a ver com a própria licitação. Se o particular não dispunha de condições para executar a prestação, não poderia ter sido habilitado”*.

Para encerrar a análise desse ponto, cumpre salientar a definição editalícia para as modalidades de loteria que serão exploradas pela empresa contratada. De acordo com os subitens 2.2.1 e 2.2.2, o licitante deve interpretar as atividades de loteria instantânea e loteria mista da seguinte forma:

“2.2 Das Modalidades

2.2.1 A **modalidade loteria instantânea** se caracteriza por bilhetes previamente preenchidos e adquiridos aleatoriamente pelos apostadores, contendo a combinação de números, símbolos ou caracteres que determinem a existência dos prêmios previstos no plano de premiação, sendo o resultado obtido de imediato após a remoção de camada raspável ou qualquer outra forma de proteção que inviabilize o conhecimento destes elementos, para que o apostador possa receber os prêmios apontados no próprio bilhete premiado.

2.2.2 A **modalidade loteria mista**, para efeito deste edital, consiste na distribuição da loteria instantânea associada à outra modalidade de loteria autorizada pela LOTERIA, **excluídas as modalidades que estiverem sendo comercializadas por força de contratos em vigor com a LOTERIA e terceiros, salvo se houver acordo entre as partes contratadas”**.

Data vênia, a transcrição do subitem 2.2.2 demonstra mais uma vez o desapego da autarquia estadual aos preceitos básicos da legalidade, notadamente no tocante à Lei Nacional n.º 8.666/93. Sob o pretexto de definir as características da atividade que será explorada pela empresa contratada – qual seja – loteria mista, a LOTERIA reveste de incerteza a exploração do objeto licitado, ao afirmar que o desempenho dessa atividade dependerá de acordo entre a vencedora do presente certame e “terceiros” já contratados pelo LOTERIA (?). Ora, além de tal condição ser absolutamente ilegal, uma vez que a presente licitação tem por finalidade justamente formalizar nova relação jurídica para permitir a exploração das mesmas atividades licitadas em 2004 (Edital de licitação por concorrência n.º 001/2004), a LOTERIA não informa qual (is) modalidade (s) de loteria mista está (ão) sendo explorada (s) por terceiros, nem tampouco apresenta o período de duração desses supostos contratos em vigor.

Ou seja, tem-se nesse caso, mais uma vez, uma evidente imprecisão do instrumento convocatório que impede a correta interpretação das licitantes sobre aquilo que corresponde a real necessidade da Administração. A incerteza quanto aos contratos supostamente em vigor de loteria mista dificulta, senão impossibilita, a apresentação da proposta econômica por parte das empresas interessadas, uma vez que não extraem do edital condições objetivas para projetar os ganhos e custos com a exploração da atividade descrita como loteria mista. É de bom tom ressaltar que quanto à irregularidade de descrição genérica do objeto licitado já se pronunciou o Egrégio Tribunal de Contas da União, conforme se constata da transcrição abaixo do Acórdão n.º 497/2004, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, *in verbis*:

“Do exame dos autos, não restam dúvidas de que o objeto licitado, não obstante a clareza de sua descrição genérica, não possui os elementos necessários que propiciem a apresentação de preço e um controle efetivo de sua execução. Não se sabe, por exemplo, quantos pareceres serão dados, não tem noção de quantos processos serão acompanhados junto aos tribunais superiores. Quanto aos processos em andamento, não se tem idéia da fase em que se encontram. Enfim, não existe a mínima certeza sobre as quantidades e qualidades do objeto licitado, que possibilite aos licitantes oferecerem preços que, posteriormente não sejam questionados (...)” Grifos nossos

(Acórdão n.º 497/2004, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Outrossim, importa destacar que em nenhum dos anexos do edital consta informações técnicas ou de mercado referentes à loteria mista. De fato, nos Anexos I (Modelo Padronizado de Proposta de Preços), Anexo III (Especificações Técnicas Mínimas para Impressão dos Bilhetes Lotéricos e seus Requisitos de Segurança), Anexo IV (Plano de Premiação para Impressão das Amostras de Bilhetes) e Anexo VII (Planilha com Memória de Cálculo), constam, única e exclusivamente, dados referentes à loteria instantânea. Sendo assim, a ausência de maiores detalhamentos concernentes à loteria mista inviabiliza todo o procedimento, pois obsta a correta interpretação da demanda da Administração e dificulta a elaboração de proposta econômica que contemple com segurança a análise de todas as atividades licitadas previstas no subitem 2.1. do instrumento convocatório.

2.3) DA INEXISTÊNCIA DE PROJETO BÁSICO ADEQUADO (ART. 6º, IX DA LEI N.º 8.666/93)

Imagina-se que, a pretexto de cumprir a obrigação imposta pelo artigo 6º, IX da Lei Nacional n.º 8.666/93, a LOTERIA tenha apresentado no anexo III do edital, denominado de *especificações técnicas mínimas para impressão dos bilhetes*, o Projeto Básico. Registre-se de início que não se trata de impugnação à nomenclatura utilizada pela mencionada autarquia, mas sim de insurgência quanto à precariedade das informações trazidas, que, como será visto, não possuem elementos pertinentes à todas as atividades descritas no objeto. Nos termos da Lei Nacional n.º 8.666/93, a elaboração do projeto básico visa oferecer ao licitante um conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de

precisão adequado, que assegure a análise da viabilidade técnica e do custo das atividades que serão desenvolvidas caso seja contratado. Tal medida é imprescindível ao correto dimensionamento das características que cercam o objeto licitado pela Administração Pública.

Pois bem, como destacado anteriormente, o objeto descrito no subitem 2.1 do edital faz referência à criação de jogos, impressão, estocagem e distribuição de produtos de **loteria instantânea e loteria mista**, além da execução de campanhas publicitárias. Todavia, basta uma análise perfunctória dos termos do anexo III para constatar que a LOTERIA não faz qualquer referência naquilo que seria seu projeto básico às atividades que correspondam à loteria mista. As informações constantes do anexo III é reflexo imediato da denominação oferecida a essa parte do edital – qual seja – especificações técnicas mínimas para impressão dos bilhetes, cuja interpretação fica clara a partir do subitem 1.3. do mencionado anexo, que estabelece que *“poderão ser propostas à LOTERIA novas tecnologias de impressão ou novos formatos de produtos, desde que preservadas todas as características necessárias à inviolabilidade e segurança dos bilhetes”*.

Registre-se, mais uma vez, que o subitem 2.2.2. do edital define loteria mista como a distribuição da loteria instantânea associada à outra modalidade de loteria autorizada pela LOTERIA, que não necessariamente deve ser explorada com a utilização de bilhetes impressos. Isto porque, como se vê no subitem 13.1.1., o edital admite a utilização pela empresa contratada de outros meios na distribuição dos jogos de loteria mista, tais como telefone e internet, *“e que, portanto, não utilizem bilhetes impressos”* (sic). Porém, para surpresa da licitante, não há qualquer dado técnico referente a esses dois tipos de distribuição de jogos. É certo que, da leitura atenta do anexo III, as licitantes não alcançarão as definições técnica e financeira que resultem numa apresentação de proposta segura e que atenda à necessidade da LOTERIA. A falta de informações a esse respeito impede que o licitante, e a própria LOTERIA, estabeleçam critérios operacionais que viabilizem a execução da integralidade do objeto licitado.

Neste momento, cabe trazer decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado que, diante da insuficiência de dados constantes do projeto básico, determinou em sede de antecipação de tutela a suspensão do procedimento licitatório até a análise do mérito, conforme transcrição abaixo:

“Diante das cópias trazidas aos autos, restou evidenciada a apresentação incompleta dos elementos imprescindíveis à prestação do serviço, importando em violação à lei de regência, de forma que p prosseguimento de licitação com base no edital viciado resultaria em um contratação incapaz de atender aos objetivos da Administração.

Com efeito, o Artigo 6º e 7º, §2º, I da Lei 8.666/93 estabelece a obrigatoriedade do projeto básico como parte integrante do ato convocatório, em todas as licitações de prestação de serviços, e tem por fim propiciar o pleno conhecimento do serviço, de forma detalhada, clara e precisa, com base nas

indicações de estudos técnicos preliminares sendo, pois, peça imprescindível para elaboração da proposta.

(...)

Com tais razões, dá-se provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada e conceder a tutela antecipada a fim de suspender a Concorrência n.º 03/2205, até o julgamento do mérito da ação principal”.

(Agravo de Instrumento n.º 7.594/2006 – Des. Roberto Wider – Data de Julgamento: 19/09/2006)

EMENTA

LICITAÇÃO. Tutela Antecipada. Pedido de Suspensão da Licitação. Requisitos Satisfeitos.

Cuida-se de pedido de suspensão dos efeitos do Edital de Concorrência n.º 01/2007, cujo objeto é a concessão de serviços cemiteriais e funerários, além de administração e manutenção dos cemitérios públicos de Irajá, Campo Grande e Guaratiba.

No caso, o projeto básico (art. 6º, IX da Lei 8.666/93) parece imprescindível para a realização do procedimento licitatório. A atividade a ser desenvolvida pela concessionária vencedora abrange uma série de obras e serviços que, embora não se destaquem por seus aspectos técnicos, geram gastos e investimentos que precisam ser avaliados pelos interessados, visando, sobretudo, o caráter competitivo da licitação. (...)

(Agravo de Instrumento n.º 16.012/2008 – Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho – Data de Julgamento: 10/09/2008)

Destarte, é indubitável que na forma como apresentado o Projeto Básico (ou Especificações Técnicas) não atende a obrigatoriedade legal da Administração Pública oferecer no instrumento convocatório, lei interna do procedimento administrativo, dados suficientemente seguros que permitam uma correta análise pelos licitantes daquilo que representa os riscos das atividades licitadas.

2.4) DA INADEQUAÇÃO DO ORÇAMENTO APRESENTADO NO EDITAL (ART. 7º, § 2º DA LEI N.º 8.666/93)

A mesma omissão identificada no anexo III do edital se repete no anexo VII, que por sua vez deveria tratar da estimativa de custo detalhada para a Loteria Instantânea e Loteria Mista. Mas, antes de aprofundar a análise desse ponto do edital, cumpre salientar que o artigo 7º, § 2º da Lei Nacional n.º 8.666/93 estabelece a obrigatoriedade da Administração Pública oferecer um orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

Ademais, o artigo 40, § 2º, II da Lei Nacional n.º 8.666/93 prevê a necessidade de existência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários dos produtos que serão explorados

pela empresa contratada. Porém, da planilha constante do anexo VII, classificada como “*Memória de Cálculo para Loteria Instantânea e Loteria Instantânea Mista*” não é possível inferir a composição de custo das atividades que serão desenvolvidas. Existe apenas um simples cálculo elaborado com base num exemplo de comercialização de 1.000.000 (um milhão) de bilhetes ao preço de R\$ 1,00 (um real) cada. E, assim como na omissão identificada no projeto básico, não há no suposto orçamento apresentado pela LOTERIA qualquer indicação de custo ou estimativa pertinente aos jogos distribuídos sob a forma de loteria mista (por telefone ou internet, por exemplo).

Além da inexistência de divulgação da planilha aberta com a necessária composição de custos, e de sequer mencionar a modalidade de loteria mista, em momento algum o pretense orçamento prevê os custos com a atividade de distribuição inserida no subitem 2.1., que por sua vez descreve o objeto da licitação. Despidendo destacar que as exigências contidas nos dispositivos legais acima referidos são fundamentais para a garantia de um julgamento objetivo e isonômico da composição interna e consistência dos preços ofertados e custos ali refletidos. É óbvio que o descumprimento de ambos caracteriza ilegalidade passível de correção pelos órgãos de controle da atuação da Administração Pública. Não há dúvida que o sucesso de um procedimento licitatório e da execução das obrigações contratuais pela licitante vencedora depende, dentre outros fatores, de um orçamento bem elaborado na fase interna do processo administrativo.

Ao prever os parâmetros de preço e custo a serem observados pelos licitantes, o orçamento deve estar compatível com a prática do mercado, o que no presente caso dependeria apenas de um simples levantamento pela LOTERIA dos resultados alcançados no atual contrato de prestação de serviços mantido com a empresa contratada. É inegável a experiência de longa data da LOTERIA na exploração dessas atividades, fato que reveste de maior perplexidade a carência de informações consideradas indispensáveis, e ao mesmo tempo primárias, para a realização de um processo licitatório satisfatório.

E, por fim, cabe mencionar que a falta de estimativa de custo detalhada, por exemplo, em relação à atividade de distribuição, impede acintosamente a configuração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato a ser firmado pela LOTERIA e a empresa vencedora, uma vez que esse significa a relação existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular (custos fiscais, operacionais, investimentos, etc) e a remuneração correspondente.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “*o equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como ‘deveres jurídicos’ propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc. (...) É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a ‘equilíbrio’*”.

2.5) DA DEFICIÊNCIA E ILEGALIDADE DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA (ART. 30, II DA LEI N.º 8.666/93)

O artigo 30, II da Lei Nacional n.º 8.666/93 dispõe que a documentação relativa à qualificação técnica dos licitantes limitar-se-á a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. E, como destacado exaustivamente, o objeto descrito no ato convocatório ora impugnado faz referência a criação, impressão, estocagem, distribuição dos jogos de loteria instantânea e mista, além da execução de campanhas publicitárias.

Diante desse panorama, é possível evidenciar outras ilegalidades perpetradas pela LOTERIA. Inicialmente, no subitem 9.1.2., que trata da qualificação técnica dos licitantes, não há qualquer indicação da forma como será comprovada pelo licitante sua capacidade em relação à atividade de impressão dos jogos de loteria instantânea e mista. Verifica-se, naquela parte do edital, apenas exigência de demonstração de experiência na elaboração e planejamento de jogos lotéricos (subitem 9.1.2.1.1.1.), distribuição de bilhetes de loteria instantânea (subitem 9.1.2.1.1.2.), propaganda e publicidade (subitem 9.1.2.1.1.3.) e estocagem de bilhetes (subitem 9.1.2.1.1.4.).

Ora, que se não venha invocar o subitem 12.3, que versa sobre a autorização concedida pela LOTERIA para apresentação de documentos de qualificação das empresas eventualmente terceirizadas para a prestação dos serviços de impressão e estocagem num prazo máximo de 20 (vinte) dias a contar da homologação do resultado do certame. Sabe-se que durante o procedimento licitatório a Administração Pública deverá aferir a capacidade técnica das empresas interessadas em contratar com ela. A comprovação da habilitação das empresas licitantes, ou seja, a demonstração de que possuem condições de cumprir as obrigações que serão assumidas, deve estar intimamente relacionada ao objeto do certame.

Ademais, a comprovação dessa aptidão, na forma procedimental prevista na Lei Nacional n.º 8.666/93, deve ocorrer antes da apresentação da proposta e em hipótese alguma após a homologação do resultado, até mesmo porque, nesse caso, poder-se-ia homologar resultado em favor de empresa que não tivesse comprovado aptidão para desempenhar integralmente as atividades que correspondem ao objeto do certame. Frise-se que o edital é para dar certeza e segurança ao certame; obscuridades e carências não podem ser toleradas.

Outro ponto que merece destaque é o fato de não haver qualquer exigência de capacidade técnica referente à loteria mista. Percebe-se que toda estrutura montada no edital sob comento diz respeito à loteria instantânea, fato evidenciado nos requisitos de habilitação arquitetados pela LOTERIA. Como dito anteriormente, mesmo sendo admitida a distribuição de jogos de loteria mista por telefone e via internet, não se encontra previsto no ato convocatório nada que exija a qualificação técnica das licitantes para atuarem dessa forma.

Além disso, não há indicação de quantitativos mínimos para aferição da real experiência das empresas nas atividades descritas no objeto.

2.6) DA APRESENTAÇÃO DE EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS À COMPETIÇÃO (ART. 3º DA LEI N.º 8.666/93)

Outra ilegalidade verificada no instrumento convocatório em tela, reside, especificamente, no item 9.1.6, donde se retira a exigência de alvará de localização ou auto de licença de localização e funcionamento como requisito de regularidade fiscal. Apesar da redação imprecisa do requisito, está claro que se exigiu, como condição para o ingresso no certame, que o licitante esteja previamente localizado no Estado do Rio de Janeiro. A um só tempo, criou-se impedimento à participação em licitações não previsto na Lei e completamente desnecessário à execução do escopo licitado, bem como se exigiu do licitante localização prévia, circunstância vedada veementemente pela legislação.

Destaca-se que o art. 9º da Lei 8.666/93 estabelece de forma cristalina, nos incisos I, II e III, os impedimentos à participação de licitantes. São apenas aquelas, em elenco taxativo e exaustivo, as hipóteses de impedimento ao direito de licitar, declaradas pela Lei. Leia-se ainda, no bloco de dispositivos consagrado à habilitação, o parágrafo 5º do art. 30, que veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época, ou locais específicos, "ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação". É certo que as normas que disciplinam licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, sem comprometimento da segurança do futuro contrato conforme art. 3º, § 1º, inciso I, da LNL.

E diante de tal premissa, os requisitos de habilitação deverão se restringir ao estritamente necessário à comprovação de execução de objeto em quantidades compatíveis e semelhantes àquele licitado. Cláusulas que se assemelhem a exigências de propriedade e localização prévia não podem constar do Edital, sob pena de ilegalidade, com afronta ao caráter competitivo do certame.

E o item 9.1.6 do Edital nada mais faz do que ilegalmente exigir que o licitante esteja previamente localizado no Estado do Rio de Janeiro como condição para o ingresso no certame. Além disso, é evidente que a Administração poderá exigir localização específica somente no momento da contratação, ou seja, somente o vencedor do certame, no momento da contratação, é que terá que demonstrar a disponibilidade declarada no procedimento, tudo de acordo com o art. 30 da lei 8.666/93.

DO PEDIDO

Diante do exposto e presentes os pressupostos necessários, serve a presente medida para requerer a V. Exa. que seja concedida liminarmente, *inaudita altera pars*, a ordem de segurança para suspender a realização do certame até decisão final no presente *writ*.

Requer-se a intimação das impetradas para prestarem as informações necessárias.

Requer-se, ainda, a intimação do d. representante do *Parquet*.

Requer, a impetrante, que ao final seja concedida definitivamente a segurança no sentido de declarar a nulidade da decisão de inabilitá-la proferida nos autos do processo administrativo n.º 1.255/09 referente ao pregão presencial n.º 069/2009, tendo em vista a regularidade da documentação apresentada pertinente à Vigilância Sanitária Estadual.

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00.

Nestes Termos,
Pede-se Deferimento.

b) Mandado de Segurança em Concurso Público

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

JOSÉ DO BRASIL, brasileiro, solteiro, portador da carteira de identidade n.º _____ expedida pelo, inscrito no CPF n.º _____, residente e domiciliado à Rua _____, vem, mui respeitosamente, através de seu advogado *in fine* assinado, apresentar o presente MANDADO DE SEGURANÇA em face do DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP, domiciliado à Avenida Rio Branco, n.º 65 – Centro – Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.090-004, com base no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal c/c a Lei 12.016/2009, nos termos a seguir expostos.

DOS FATOS

No dia 30 de Março de 2008, o impetrante realizou o concurso para ingresso no quadro de agentes públicos da Autarquia Federal dirigida pela autoridade impetrada, especificamente para o cargo de especialista em regulação de petróleo e derivados, álcool combustível e gás natural – especialidade geral 2. Conforme edital publicado sob chancela da autoridade impetrante, após a confirmação da aprovação do candidato, deve ser realizado curso de formação, que terá duração de 10 (dez) dias, no período compreendido de 02 de Junho a 12 de Junho de 2008, e é considerado como item condicionante à posse para o início do efetivo exercício do cargo.

Ocorre que, para surpresa do impetrante, a autoridade impetrada está exigindo de todos os candidatos aprovados, dentre outros documentos destacados no instrumento de convocação do certame, a apresentação do diploma de habilitação profissional, até meio-dia do próximo dia 26 de Maio de 2008.

Importa destacar que o mencionado documento já fora solicitado pelo impetrante à Universidade Federal do Rio de Janeiro em 13 de Maio de 2008, estabelecimento de ensino superior onde cursou a faculdade de Direito, exatamente para sua apresentação no ato da posse, conforme entendimento consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Assim, a exigência de apresentação do documento neste momento, importa em violação ao instrumento convocatório e, assim, fere o direito líquido e certo do impetrante em apresentá-lo no ato da posse, após a conclusão do curso de formação mencionado anteriormente.

DO PEDIDO LIMINAR

Não resta dúvida que, ao ser mantida a exigência imposta pela autoridade impetrada, o impetrante não terá condições de participar do mencionado curso de formação e, desta forma, será excluído do processo seletivo. Sendo assim, por estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o impetrante recorre ao Poder Judiciário para garantir seu direito líquido e certo de participar da etapa

subseqüente do processo seletivo à luz do que determina a legislação, bem assim o entendimento já consolidado pelos Tribunais Superiores.

Por todo o exposto, é de se requerer o deferimento de medida liminar no sentido de autorizar o impetrante a participar do curso de formação, tendo em vista a ilegalidade da exigência imposta a todos os candidatos aprovados.

DO DIREITO

É entendimento uníssono nos Tribunais Superiores que, a exigência de apresentação do diploma de habilitação profissional deve ser exigido apenas no ato da posse, conforme Súmula 266 do E. Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

Súmula 266 – O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

Sabe-se que é imprescindível a existência de lei para que o Poder Público possa impor obrigações ou restringir direitos dos administrados. Ao consagrar o princípio da legalidade, nossa Constituição vedou expressamente ao Poder Público e a entidades que exerçam função dele delegada que interfiram, através de atos administrativos, nas esferas da liberdade e dos demais direitos fundamentais dos particulares. O texto constitucional confirma na exigência da lei, não mencionando decreto, regulamento, portaria ou ordem de serviço, excedendo assim os limites constitucionalmente postos ao poder regulamentar, pois inovam na ordem jurídica, estabelecendo restrição não prevista na própria lei que cria os conselhos e lhes atribui poder fiscalizador do exercício da profissão de zootecnista.

A flagrante afronta ao Princípio da Legalidade, na aplicação do exame de suficiência ao demandado, constitui, de igual modo, violação ao Princípio Constitucional do Livre Exercício da Profissão, consagrado no art. 5º, XIII, CRFB: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*” Mister transcrever aqui, o consagrado entendimento do doutrinador português J.J. Gomes Canotilho que, com sua habitual proficiência destaca a importância do respeito ao princípio da reserva de lei. Senão vejamos:

“Através do conceito de reserva de lei (Vobehalt des Gesetzes) pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (reservados à lei). Esta <reserva de matérias> para a lei significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos).

(...)

Pode afirmar-se que subjacentes à reserva de lei estão razões inerentes ao princípio do Estado de direito e razões associadas ao princípio democrático.”

No mesmo sentido, muito bem observou, J. Cretella Jr, *in Comentários à Constituição Federal*, ao observar o disposto no art. 5º, XIII, preceitua: “No Brasil, cabe à União, em texto de lei federal, determinar as condições de capacidade para o exercício de profissões liberais, como as profissões de médico, advogado, engenheiro, cirurgião dentista.”

DO PEDIDO

Presentes os pressupostos jurídicos que servem de espeque à concessão de LIMINAR *inaudita altera pars* (relevância jurídica do pedido e perigo de demorada decisão final), REQUER deferimento de medida liminar, determinando-se a participação do impetrante no curso de formação como etapa do processo seletivo do concurso realizado pela autoridade impetrada, garantindo-lhe, via de consequência, o direito de exercer regularmente o direito de demonstrar sua aptidão para ocupar o cargo acima mencionado.

Concessão de WRIT, a final, confirmatória da medida liminar e em que se conceda a segurança para reconhecer o direito do impetrante de participar do processo seletivo sem o cumprimento da exigência ilegal destacada. Requer-se, ainda, a intimação do d. representante do *Parquet*.

Dar-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nestes Termos,
Pede deferimento.

c) Mandado de Segurança para Fornecimento de Medicamentos

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital - RJ

MARIA, brasileira, viúva, aposentada, portador da carteira de identidade nº _____, expedida pelo IFP/RJ, inscrita no CPF sob o nº. XXXXXXXXXX, residente e domiciliada na Rua _____, vem, por seus advogados infra-assinados, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR em face do SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, requerendo, desde já, a citação de ambos, na pessoa de seus procuradores, no endereço conhecido por esta serventia, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, afirma sob as penas da lei e de acordo com o artigo 4º e seu parágrafo 1º da Lei nº 1.060/50, com nova redação introduzida pela Lei nº 7.510/86, que não tem condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, conforme afirmação de hipossuficiência anexo.

DOS FATOS

A autora é portadora da doença Osteoporose, em alto grau, doença esta que causa a fragilidade de toda sua massa óssea, podendo se acometida de fraturas e fissuras em seus ossos a qualquer movimento brusco, causando a autora enorme desconforto. Tendo em vista a gravidade e a evolução da doença, deve a autora submeter-se a tratamento contínuo prescrito pelo médico, tendo como único medicamento eficaz o FORTEO (PTH).

Diante da evolução contínua da doença faz-se necessário o uso contínuo do medicamento prescrito no intuito de contê-la, no entanto a autora não possui condições de arcar com o caro custo do referido medicamento/tratamento, pois possui renda mensal quase que insatisfatória para seu próprio sustento, uma vez que é a autora aposentada.

Insta salientar que, a família do autor também não possui condições de arcar com o tratamento. Desta feita, não ha outra alternativa senão, recorrer ao Poder Judiciário para pleitear seu tratamento.

DOS FUNDAMENTOS

A nossa Carta Magna erigiu direitos básicos e elementares, dentre os quais podemos destacar logo o inciso III do art. 1º, a proclamação de um dos seus fundamentos, que é a materialização da dignidade da pessoa humana, constituindo objetivos fundamentais desta nação, segundo o subseqüente art. 3º, I, da

mesma Carta Política, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Na mesma seqüência, a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais, inciso III, do art. 3º, da CRFB, com a promoção do bem de TODOS, sem quaisquer discriminações, o que está previsto no inciso IV do mesmo artigo. A manutenção da saúde, e, conseqüentemente da própria vida, é um direito de TODOS, portanto, natural, inalienável, irrenunciável e impostergável. A Inviolabilidade desse direito está, da mesma forma, garantida pela nossa Constituição Federal, através do caput do art. 5º, 6º e 196, abaixo transcritos:

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 (grifos nossos)

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde...” (grifos nossos)

Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (nosso grifo)

A Carta Federativa, em seu art. 198, instituiu o Sistema Único de Saúde – S.U.S.. Esta determinou que a competência para dispor sobre as ações e os serviços públicos de saúde em geral é atribuição concorrente das três esferas do Poder Executivo, como se observa a seguir:

Art. 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

A regulamentação dessa disposição constitucional só se materializou com a edição da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. O art. 2º dessa Lei não deixa dúvida ao estabelecer que é dever constitucional do Estado gerir a saúde pública universal e determinar-lhe a não envidar esforços na promoção de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos. E, ainda, estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços, conforme se vê no seu texto abaixo transcrito:

Art.2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (nossos grifos).

Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (nossos grifos)

Art. 6º - Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde – SUS:

I – a execução de ações:

.....

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. “

Art. 7º - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde – SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

.....

I – integralidade de assistência, entendida com um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todo os níveis de complexidade do sistema.

Art. 9º - A direção do Sistema Único de Saúde – SUS é única, de acordo com o inciso I, do art. 198, da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

.....

II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (nossos grifos).

Depreende-se das transcrições acima que a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos que a Autora necessita recai sobre as Secretarias de Saúde ou órgão equivalente do Estado do Rio de Janeiro ou do Município do Rio de Janeiro, uma vez que pertence a eles a obrigação de adotar os meios às “ações e serviços para (...). promoção, proteção e recuperação da saúde” (art. 198, da Constituição Federal e 9º, incisos II e III, da Lei nº 8.080/90), prestando “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 8.080/90), sendo a “integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais ... exigidos para cada caso...” (art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.080/90, não lhe sendo lícito, portanto, permanecer na negativa ou omissão.

Diante desse contexto legal, dúvidas não podem existir quanto à responsabilidade dos impetrados na prestação de dar, pois, nos termos da lei, que estabelece que “Passarão à gestão dos Estados todos os Órgãos da área de saúde que integram a atual estrutura administrativa operacional da Saúde.” O princípio da eficiência na prestação do serviço público foi erguido a cânone Constitucional, ao ser inserido, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1988, no elenco de princípios constitucionais de observância prioritária e universal no exercício de toda atividade administrativa. Esse princípio é requisito de validade dos comportamentos administrativos, visto que dele decorre o dever da Administração Pública Direta ou Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios de direcionar seus atos de gestão ao atendimento do interesse público.

Diante da urgência da obrigação de dar faz-se necessária a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, com o objetivo de assegurar a Autora a continuidade de seu tratamento médico, determinando que se faça cumprir o mais rápido possível a entrega dos medicamentos acima descritos.

Com base na narrativa dos fatos, resta claro, o preenchimento dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, pois presente à verossimilhança da alegação do autor, bem como presente o fundado receio de dano irreparável, consoante o inciso I do citado dispositivo.

DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Egrégio Tribunal de Justiça, em brilhante decisão proferida pela 14ª Câmara Cível, neste sentido, decidiu que:

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. SAÚDE PÚBLICA. PRESTAÇÃO GRATUITA DE SERVIÇOS DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS. DIREITO DE TODOS E DEVER DOS DIVERSOS ENTES FEDERAIS. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMADE

EFICÁCIA PLENA QUE NÃO PODE SER RESTRIT, POR SE REFERIR A DIREITO ESSENCIAL DA PESSOA HUMANA. SOLIDARIEDADE DAS DIVERSAS ESFERAS DO PODER PÚBLICO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ART. 198, E PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.” (Apelação Cível nº 2002.001.240126, 14ª Câmara Cível do TJ/RJ, Des. JDS. DES. ANDRE ANDRADE.)

Em decisão monocrática o ilustre Des. SERGIO CAVALIERI FILHO, à época integrante da 2ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu:

“SAÚDE PÚBLICA. Fornecimento Gratuito de Medicamento a Portador de Doença Grave, Hipossuficiência Econômica. Dever Comum dos Entes Federativos. Proteção de Direitos Fundamentais. Direito à Vida (art. 5º CF) e Direito à Saúde (art. 6º e 196, CF e art. 284, CF) É dever comum das entidades federativas cuidar da saúde e assistência pública, à luz do disposto nos artigos 23, II e 196 da Constituição Federal, O Estado desempenha papel relevante nessa tarefa, porquanto é seu dever assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196 e no artigo 284 da Constituição Estadual. Sendo assim, não pode recusar o fornecimento dos remédios necessários à sobrevivência de portador de doença grave economicamente hipossuficiente. Irrelevante qualquer discussão sobre eventual descumprimento de uma formalidade burocrática, exigência que não pode ser óbice suficiente para impedir a procedência da pretensão porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação do autor: a garantia do maior de todos os bens, que é a própria VIDA”. (AGRAVO DE INSTUMENTO Número do Processo: 2003.002.09875 Data de Registro 16/09/2003 Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL Desembargador Relator. SERGIO CAVALIERI FILHO)

O caso em tela possui todos os indícios do bom direito, conforme se verifica na jurisprudência supracitada, está clara a descrição dos fatos narrados. Pela exposição dos fatos, é inquestionável a presença do direito garantido com vasta jurisprudência sobre o tema.

DOS PRESSUPOSTOS DA MEDIDA LIMINAR

A medida ora pleiteada comporta prestação preliminar, o que desde já se requer, eis que presente todos os pressupostos necessários para o deferimento mesma. A plausibilidade jurídica da concessão da liminar encontra-se devidamente caracterizada na presente. O *fumus boni iuris* foi devidamente demonstrado

pelos elementos fáticos e jurídicos trazidos à colação e a incidência do *periculum in mora* repousa, ainda, no prejuízo que o não fornecimento do medicamento acarreta sérios riscos à saúde da impetrante.

Demonstrados que se encontram presentes as circunstâncias que justificam a concessão da liminar que seja: o *fumus boni iuris* que consiste no comando emanado das disposições constitucionais e legais abordadas e o *periculum in mora* que consiste na possibilidade provável de imputação de enormes prejuízos para a Impetrante que se vê de mão atadas face a omissão dos Impetrados fato que, uma vez não concedida a liminar, o que não se espera, tornará inócua a segurança pleiteada.

Posto isto, é a presente para requerer a concessão de liminar que permita ao Impetrante licenciar seu veículo sem o pagamento das multas aplicadas e determinando que seja fornecido pelo Estado do Rio de Janeiro e/ou Município do Rio de Janeiro, o medicamento FORTEO (PTH) enquanto for necessário para a manutenção do tratamento, e que afinal, seja concedida definitivamente a segurança impetrada com a conseqüente confirmação da liminar.

DO PEDIDO

Face ao exposto, e tendo em vista a omissão dos réus, e para assegurar o seu direito líquido e certo, impetra o presente MANDADO DE SEGURANÇA e requer:

1. seja deferida a Gratuidade de Justiça;
2. Se digne o Eminentíssimo Julgador, em conceder, *in limine*, a segurança requerida, compelindo os impetrados a fornecer o medicamento FORTEO (PTH) enquanto for necessário para a manutenção do tratamento com o fito de evitar lesão de difícil e incerta reparação.
3. A citação dos Réus, na pessoa de seus Representantes Legais, para, querendo, responderem aos termos da presente, sob as penas da lei;
4. Requer, afinal, a concessão da segurança, e, como corolário, compelindo os impetrados ao fornecimento do medicamento FORTEO (PTH) enquanto for necessário para a manutenção do tratamento, com a condenação do órgão impetrado ao pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais.
5. A procedência do pedido condenando-se os réus a obrigação de dar o medicamento ora pleiteado.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

Nestes termos,

Pede-se deferimento.

d) Mandado de Segurança Ato Judicial - Decretação de Revelia no Juizado Especial. Preposto. Não Comprovação de Vínculo Empregatício

EXMO. SR. DR. JUIZ DO EGRÉGIO CONSELHO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

TÍCIO, brasileiro, motorista, vem, por seu advogado ao final, com escritório na rua---, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)

em face de ato abusivo e ilegal materializado na pessoa do MM. Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível da Capital pelos relevantes motivos de fato e de direito adiante aduzidos:

DO POSICIONAMENTO FÁTICO

Que em 11 de abril de 2001 a impetrante foi citada para os termos do processo nº ----- devendo comparecer à audiência de Conciliação, podendo ser seguida de Instrução e Julgamento.

Assim, atendendo ao determinado no mandado de citação, compareceu a ré perante o II Juizado Especial Cível no dia 22.05.2001 às 13:30 hs, através de seu patrono e de preposto legalmente credenciado pela respectiva carta, a teor do art. 9º § 4º da Lei 9.099/95. Iniciada a conciliação esta restou obstada pela indagação do Sr. conciliador sobre o crachá de identificação do preposto, não obstante lhe fosse exibido documento de identidade.

Diante da informação de que o preposto não portava nenhum crachá de identificação, o Sr. conciliador submeteu a questão a ilustre magistrada titular que determinou a conclusão dos autos para sentença, apesar de argumentar a ré no sentido da inexigibilidade de tal formalismo excessivo, uma vez que nem a Lei 9.099/95, tampouco as instruções para audiência que acompanham a citação, fazem qualquer menção a tal exigência, sendo a mesma arbitrária e ilegal.

DO POSICIONAMENTO JURÍDICO

Do Cabimento do *Mandamus*

Da Lesão ao Direito Líquido e Certo

Uníssonas, doutrina e jurisprudência, vêm admitindo, não só a ação de garantia contra ato judicial - quando outro recurso não houver - como também a concessão da ordem em se tratando de abuso da autoridade judicial, como no caso em tela. Alie-se a isso o fato de não haver outro recurso com efeito suspensivo que possa impedir a prolação de sentença de revelia, uma vez que inadmissível em sede de Juizados Especiais o agravo de instrumento e seu efeito suspensivo.

Para Hely Lopes Meirelles, “*atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade. Passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos a direito líquido e certo do impetrante*”(Mandado de Segurança, 17ª Ed., Malheiros, atualizada por Arnoldo Wald).

In casu, a lei especial de regência(9.099/95) estabelece que “*o réu sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado*”. E credenciado estava o preposto do

réu, de posse da respectiva carta que foi exibida e anexada aos autos. Veja-se o que dizem as instruções para audiência:

“Tratando-se de pessoa jurídica, deverá estar representada pelo sócio que deverá trazer o contrato social ou preposto devidamente credenciado com a respectiva carta(Art. 9º parágrafo 4º da Lei 9.099/95)”

Assim infere-se que em momento algum poderia a ré “advinhar” que a MMA. Juíza adotava em seu juizado procedimento diverso, ou seja, como poderia a ré saber de antemão que seria exigida tal formalidade, se nem a lei nem as instruções para audiência fazem tal exigência? Aliás, também nesse sentido é o enunciado 20 do VII Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais em Vila Velha –ES, *verbis*:

ENUNCIADO 20:

O Comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica pode ser representada por preposto.

Não há nenhuma outra exigência para o preposto, senão a respectiva carta e seu documento de identidade, pressupostos esses que foram cumpridos pela ré, revelando-se, repita-se, arbitrária e contrária à legalidade a exigência da Mma. Magistrada. Ora, como se já disse aqui, a ilegalidade da exigência decorre da própria lei de regência que não exige qualquer outro documento senão a carta de preposto e a carteira de identidade a fim de se verificar se o credenciado é o mesmo que ali comparece.

Ademais, o ato atacado atenta contra o ânimo de defesa da ré, uma vez que por rigorismo excessivo obsteu a mesma de apresentar sua defesa escrita, afrontando o pressuposto constitucional do contraditório e da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da Carta Política. Eméritos julgadores, o prejuízo causado pela ilegalidade apontada é patente, haja vista que acaso julgada á revelia, a impetrante seria condenada em quantia significativa sem que, ao menos, pudesse se defender.

A par do fumus, tem-se por presente ante aos fatos narrados e ainda pela situação a que se submeteu a impetrante, privada da sua defesa por uma exigência despida de suporte legal, sendo que o periculum, este por si só consubstanciado no perigo de ser decretada a revelia, considerando que no caso de condenação o eventual recurso voluntário não teria efeito suspensivo.

DO PEDIDO

EX POSITIS, estando presentes os pressupostos de admissibilidade da medida, REQUER:

- a) seja concedida a liminar para determinar á MMA. Juíza que se abstenha de exigir, até ulterior deliberação de mérito nesse mandamus, a apresentação pelo preposto de documento outro que não seja a respectiva carta e seus documentos de identificação, que já foram apresentados;
 - b) Sejam requisitadas as informações no aprazamento legal;
 - c) Após o decêndio das informações e com o judicioso parecer do parquet, seja concedida a Segurança, anulando-se a sessão de conciliação, para que outra seja marcada sem as exigências apontadas e para que possa a impetrante exercer seu direito a ampla defesa, garantido constitucionalmente.
 - d) Requer ainda, dado à relevância da matéria, a observância do art. 17 da Lei 1.533/51, aplicando-se-lhe ao caso em tela.
- T. em que; Pede deferimento.

**e) Mandado De Segurança – Contagem De Tempo De Serviço Como Tempo De Contribuição
Emenda Constitucional 20/98**

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO

JOÃO DAS COUVES, brasileiro, professor, vem, por seu advogado ao final, com escritório na rua, centro, onde receberá intimações, com fulcro nas disposições da Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)

em face de ato do Ilustre. Sr. Diretor de Divisão de Cadastro Funcional da Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil, com endereço na; e do Município do Rio de Janeiro, pessoa jurídica que a autoridade impetrada representa (artigo 6º da Lei 12.016/09), pelas razões de fato e de direito aduzidas:

PRIMEIRAMENTE – Da Legitimidade Passiva:

Faz-se necessário desde já esclarecer que os assentamentos funcionais da impetrante, são controlados pela A. Coatora em razão do próprio regimento, considerando ser a aludida Autoridade, o responsável pelo pagamento, inclusão, exclusão e qualquer alteração em folha e nos assentos funcionais do impetrantes neste Município, razão pela qual figura no pólo passivo da relação processual, sendo certo ainda que é a autoridade apontada coatora quem pratica e assina o ato inquinado de ilegal e impugnado neste *mandamus*.

I - DA HIPÓTESE

A impetrante é servidora pública municipal ocupante do cargo de enfermeira, pertencente aos quadros da Secretaria Municipal de Saúde. Conforme procedimento administrativo anexo requereu fosse concedida aposentadoria, tendo sido o pleito negado pela autoridade, conforme decisão anexa. Dessa decisão administrativa não cabe recurso dotado de efeito suspensivo (Lei 9.784/99), atendido, assim, o requisito para impetração posto no inciso I do artigo 5º da Lei 12.016/2009.

No indeferimento deixou de considerar aquela autoridade, como tempo de contribuição o tempo de serviço prestado anteriormente a 15/12/1998, data da entrada em vigor da EC 20/98. Durante o período de 1992 a 1997 a impetrante esteve afastada do serviço público para tratar de assuntos particulares, uma vez que o requerimento de Licença sem Vencimento fora negado conforme Diário Oficial anexo.

Ocorre que, com base Resolução SMS nº 342 de 17/08/83, com validade a partir de 26.09.1997 a servidora REASSUMIU seu cargo, conforme Portaria “P” S/CRH nº 3529 de 31 de outubro de 1997. (doc. Anexo). Imediatamente ao reassumir o cargo, e ser reintegrada ao serviço público municipal, a impetrante efetivou os recolhimentos previdenciários retroativos referentes ao período em que esteve afastada (1992 a 1997); (comprovantes anexos);

Assim, houve indenização do tempo de serviço em que esteve afastada do serviço público, devendo este tempo de serviço anterior a edição da EC 20/98 ser considerado como tempo de contribuição nos exatos termos do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998; (docs anexos – Certidão de regularidade e contracheques com o desconto retroativo)

DO DIREITO

Dispõe o artigo 4º da EC 20/98:

“Art. 4º Observado o disposto no art. 40 § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”

Por seu turno a Lei 1.079/87, assim dispõe:

Art. 15 – O segurado, obrigatório ou facultativo, cujas contribuições ou quaisquer débitos com o PreviRio não foram descontados de sua remuneração, mesmo que o fato decorra do não recebimento de vencimentos, por quaisquer motivos, fica obrigado a recolhe-las ao Instituto, até o décimo dia do mês seguinte aquele que deveriam ser pagas”

Veja-se o que determina a Lei de regência: “*mesmo que não haja recebimento de vencimentos, as contribuições são devidas*. E ainda, que decorra este não recolhimento “*por quaisquer motivos*”

E prossegue a letra da Lei 1.079/87 em seus Parágrafos 1º e 2º do art. 15:

§ 1º - A inobservância do disposto no caput deste artigo redundará na suspensão dos direitos do segurado, sem prejuízo de outras sanções definidas em lei ou regulamento;

§ 2º - Os efeitos da inadimplência cessarão quando o faltoso recolher todas as importâncias em atraso, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora”

Dos dispositivos legais supracitados, depreende-se que pelo § 1º, se a inobservância gerará perda do direito, *a contrario sensu*, a regularização gerará automaticamente a requalificação desses direitos. E ainda, pela redação do § 2º, que uma vez regularizadas as contribuições, os efeitos da inadimplência cessarão, ou seja, readquire o servidor o direito de segurado, devendo, pois, tal período de contribuição, embora retroativa, ser considerado no cálculo do tempo para aposentadoria.

HISTÓRIA CONSTITUCIONAL

Constituição de 1967

Art 101 [.....]

§ 1º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

Constituição de 1988

Art. 40 [.....]

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

9º - O tempo de contribuição público federal, estadual ou municipal será computado para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Constituição de 1988, Art. 40:

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade *Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998 ao § 9º, do Art. 40*

§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. Até 15.12.1998 a Constituição autorizava o cômputo do tempo de serviço integralmente para efeito de aposentadoria e disponibilidade. Somente a partir de 16.12.1998 é que será contado exclusivamente o tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, continuando a contar o tempo de serviço para efeito de disponibilidade.

FRISE-SE: O TEMPO DE SERVIÇO A QUE A IMPETRANTE PERQUIRE DEU-SE ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA EC 20/98, mais precisamente entre 1992 e 1997. O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal contado até 15.12.1998, na forma o Art. 4º da Emenda nº 20, de 1998, será transformado em tempo de contribuição.

A partir de 16.12.98, não mais se admitirá a contagem de tempo fictício. Isto vale dizer que, no tempo de serviço até 15.12.98, poderá ser contado tempo fictício para os efeitos de aposentadoria, e, a partir de 16.12.1998, este tempo de serviço continua a contar para efeito de disponibilidade.

Há que e buscar a compreensão no tempo e no espaço da expressão será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria. Até 15.12.98 na vigência da Constituição de 1988 exigia-se para aposentadoria voluntárias apenas tempo de serviço: 30 anos o homem 30 anos para aposentadoria proporcional e 35 para aposentadoria integral e para a mulher 25 e 30 anos respectivamente.

Na forma disposta no art. 4º, da Emenda nº 20, de 1998, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria será contado até 15.12.1998 e transformado em tempo de contribuição. É importante destacar que Emenda nº 20, publicada no DOU de 16.12.1998, transformou a expressão será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade, para será contado para fins de aposentadoria e disponibilidade.

Isto vale dizer que a partir de 16.12.1998, não mais poderá ser incluída qualquer contagem de tempo fictício para fins de aposentadoria. A exclusão desta expressão confirma o entendimento de que há de se incluir na contagem deste tempo, até 15.12.1998, qualquer forma de contagem de tempo de serviço face à compreensão do que seja cômputo de sua integralidade. A integralidade assim disposta inclui o cômputo de todas as formas de contagem de tempo de serviço exclusivamente para a aposentadoria, adquiridas até 15.12.1998.

CONCLUSÃO

Com tais considerações, legais e doutrinárias, infere-se que o ato que indeferiu a contagem do tempo de serviço com contribuição retroativa, sob o argumento de que tratava-se de tempo de serviço e não de tempo de contribuição, é flagrantemente ilegal, e fere o direito subjetivo da impetrante, tendo-se por líquido e certo o direito à contagem para fins de aposentadoria do período de afastamento, com contribuição (1992 a 1997) na forma do disposto no art. 4º da EC 20/98.

Restando demonstrado com clareza solar o direito à contagem do tempo de serviço como tempo de contribuição, como demonstrado cabalmente, exsurge com solar clareza o direito líquido e certo posto neste *writ*.

Assim, é a presente para requerer:

- a) uma vez presentes os pressupostos autorizadores da medida vindicada, tendo em vista já ter tempo suficiente para aposentar-se, e que continuar trabalhando além do necessário representaria um prejuízo a impetrante que já poderia estar gozando de sua aposentadoria, (*periculum in mora*); bem como sob o influxo da legislação aplicável a espécies (*fumus boni iuris*), tudo de acordo com o que consta nos assentamentos funcionais da impetrante; seja concedida a medida liminar, determinando à autoridade impetrada que proceda à contagem do tempo de serviço com contribuições retroativas compreendido entre 1992 e 1997 como tempo de contribuição para efeito de aposentadoria da impetrante;
- b) sejam solicitadas as informações no decêndio legal;
- c) seja dada ciência deste feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, a qual o impetrado integra (art. 7º, II da Lei 12.016/2009);
- d) seja colhido o judicioso parecer do *parquet* ;
- e) finalmente seja concedida a segurança definitiva assegurando a impetrante o direito à contagem do tempo de serviço prestado antes da EC 20/98 como tempo de contribuição para fins de aposentadoria.
- f) nos termos do artigo 14 do Estatuto Processual Civil, seja fixada pena de multa diária, no caso de descumprimento da ordem no prazo assinado, bem como desde já advertida a autoridade de que a recusa no cumprimento da ordem judicial constitui em tese, crime de desobediência nos termos do artigo 26 da Lei 12.016/2009.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

f) Mandado De Segurança Contra Devolução De Valores Recebidos A Maior De Boa-Fé – Por Erro Da Administração Pública – Reposição Ao Erário - Impossibilidade

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

Vem, por seu advogado ao final, com escritório na rua --centro, onde receberá intimações, ajuizar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com pedido de Liminar)

em face de ato do Ilustre Sr. Chefe do Serviço de Pessoal Inativo do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro com endereço na Rua---, e da UNIÃO FEDERAL (Ministério da Saúde), pessoa jurídica que a autoridade impetrada representa (artigo 6º da Lei 12.016/09), pelas razões de fato e de direito adiante aduzidas:

DA HIPÓTESE

O impetrante é servidor público federal aposentado pertencente aos quadros do Ministério da Saúde, cujos proventos são controlados pela autoridade ora impetrada. Nessa condição, vinha recebendo normalmente complementação de subsídios devido aos servidores da Carreira Jurídica, nos termos da MP 440 DE 2008.

Ocorre que agora em 20 de outubro de 2009 recebeu COMUNICADO através do Telegrama anexo, dando conta de que tais valores foram pagos a maior, POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO, no Período de Janeiro de 2007 até Setembro de 2009.(Doc. Anexo). Por conta do referido ERRO, está-se impondo ao impetrante a devolução de tais valores em parcelas mensais no prazo de 30 dias, conforme Termo de Ciência anexo. Esse ERRO gerou uma imposição de devolução ao erário dos referidos valores.

Dessa decisão administrativa não cabe recurso dotado de efeito suspensivo (Lei 9.784/99), atendido, assim, o requisito para impetração posto no inciso I do artigo 5º da Lei 12.016/2009.

Frise-se que neste período a referida vantagem veio sendo recebida de boa-fé pelo impetrante, de vez que não era sabedor de que a mesma deveria ter sido suprimida. Constatado o erro, a auditoria ilegalmente, recomendou à pessoa jurídica de direito público á qual está vinculado o impetrante, aqui representada pela A. impetrada, que efetivasse em folha de pagamento imediatamente a reposição ao erário de tais valores recebidos entre JANEIRO/2007 a SETEMBRO/2009.

DO DIREITO

Como se constata, principalmente da jurisprudência do STJ assim como da Sumula Administrativa nº 34 da AGU, o direito do impetrante de não devolver verba de natureza alimentar recebida de boa-fé em decorrência de erro da administração, vem sendo lesado pela A. impetrada sem qualquer embasamento legal.

Reside ai toda ilegalidade e lesão ao direito impugnadas neste *mandamus* uma vez tratar-se de verba de natureza alimentar já consumida. Resta flagrante assim a ilegalidade do ato impugnado com o DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS da ampla defesa e do contraditório. Confirmando-se, *mutatis mutandi*, a posição do Supremo Tribunal:

AGRAG – 217849 / SC.
PUBLICAÇÃO: 30.04.1999. J. 15/12/1998.

REL. Ministro MARCO AURÉLIO/2ª TURMA.
Dec. Unânime.

PROVENTOS DA APOSENTADORIA – ALTERAÇÃO. A alteração de proventos da aposentadoria pressupõe a instauração de processo administrativo no qual assegurado ao servidor aposentado o lícito direito de defesa. Descabe à Administração Pública, a pretexto de corrigir situação irregular, adotar procedimento unilateral, desprezando os contornos próprios ao devido processo.

Nesse mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO BIENAL. PRAZO DECADENCIAL. OBJETO DE TRATO SUCESSIVO. RENOVA-SE A CADA ATO LESIVO. NÃO OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO ATO QUE DIMINUIU OS PROVENTOS.

1. Tratando-se o objeto da ação de natureza sucessiva, o prazo decadencial renova-se mensalmente, a partir de cada ato lesivo. Precedente do STJ.
2. A Administração Pública não pode deixar de anular seus próprios atos eivados de vícios e ilegais, entretanto, em nome da legalidade não pode agir inconstitucionalmente a surtir efeitos de natureza alimentar sem possibilitar o contraditório e a ampla defesa.
3. Inteligência do inciso LV, do art. 5º da CF/88.
4. Apelação provida (TRF/5; Rip.5043550, j.16.06.1998 2ªTurma. rel. Juiz Petrucio Ferreira, DOU de 16/10/1998 pag. 434)

Mas não é só.

IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REPOSIÇÃO DAS QUANTIAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ -Orientação da AGU do STF e do STJ

Os fatos acima narrados além de desaguarem na redução dos vencimentos, deságuam ainda na imposição (totalmente despida de suporte legal) de ressarcimento ao erário das importâncias recebidas naquele período, descontadas mês a mês de seus vencimentos. Doutrina e jurisprudência vêm entendendo que em casos como este, não tendo havido a concorrência do servidor, para o recebimento a maior, e não tendo havido fraude, mas boa-fé, e decorrendo o suposto erro de culpa exclusiva da administração, NÃO SE IMPÕE O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

Nesse sentido, SÚMULA Nº 34 DA AGU: "*Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública*".

(Legislação Pertinente: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Precedentes: Superior Tribunal de Justiça: Resp. nº 643.709/PR, AgRg no Resp nº 711.995, Resp. nº 488.905/RS e AgRg no Resp nº 679.479/RJ (Quinta Turma); ROMS nº 18.121/RS, Resp nº 725.118/RJ, Resp nº 651.081/RJ e AgRg no REsp. nº 597.827/PR (Sexta Turma); MS nº 10.740/DF (Terceira Seção) JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI () Republicada por ter saído no Diário Oficial da União de 17 de setembro de 2008, Seção 1, pág. 6, com incorreção no original.)*

DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ

Como já demonstrado E RECONHECIDO PELA AUTORIDADE IMPETRADA tais valores decorreram de erro da administração pública sem qualquer concorrência do impetrante. Não se pode querer afastar a boa-fé do impetrante pelo simples fato de não ter ELES, buscado satisfações junto a Administração Pública. Ora, dado à complexa estrutura administrativa e diante da complexidade dos contracheques e das idas e vindas de aumentos, gratificações, reestruturações efetivados em folha de pagamentos, não ter procurado a administração para dizer: "olha, estou recebendo mais", é, no mínimo, cruel, é de se afastar da razoabilidade.

No que tange a não devolução de valores recebidos de boa-fé por erro da administração pública é a seguinte a recente orientação do STJ no RESP 645.165/CE rel. Ministra Laurita Vaz: *“Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto de diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada boa-fé do beneficiado”* (RESP 645.165/CE DJ 28/03/2005). Confira-se a íntegra:

RECURSO ESPECIAL Nº 645.165 - CE (2004/0039208-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR : MANOEL CESAR FERREIRA E SILVA E OUTROS
RECORRIDO : ENIO FERREIRA LIMA
ADVOGADO : AZIZ MANUEL FARIAS JEREISSATI

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR APOSENTADO. VALORES PAGOS A MAIOR PELA ADMINISTRAÇÃO. ART. 46 DA LEI 8.112/90. BOA-FÉ DO BENEFICIÁRIO. RESTITUIÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiário. Precedentes.
2. Recurso desprovido.

Acresça-se a isso as decisões nos REsp's: 838.871/RJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura; REsp. 643.709/PR, Min. Felix Ficher; EREsp 612.101/RN, Min. Paulo Medina. E o STJ ainda foi além, asseverando, através de sua TERCEIRA SEÇÃO, a não devolução de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente cassada. É o que diz o REsp. 991.030-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, confira-se:

“ REsp 991.030/RS

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AFASTADA. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS PAGAS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA FÉ PELA SEGURADA. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão da possibilidade da devolução dos valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela foi inequivocamente decidida pela Corte Federal, o que exclui a alegada violação do artigo 535 do

Código de Processo Civil, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito.

2. O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido, devendo-se privilegiar, no caso, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

3. Negado provimento ao recurso especial.

Julgado 14/05/2008. DJe 15/10/2008

Com tais considerações e sob o influxo das decisões do STJ e da própria AGU, resta com solar clareza o direito líquido e certo à não devolução de tais valores, e, de cobsequente, a ilegalidade do ato atacado.

DOS PARECERES DA AGU

Não discrepa desse entendimento do parecer do então Advogado-Geral da União, Dr. Geraldo Quintão, parecer nº GQ 161/98, publicado no Diário Oficial em 09 de setembro de 1998. Este parecer diz respeito à imposição de restituição ao erário de valores recebidos através de liminares e antecipações de tutela, posteriormente cassadas; e traz elucidativas considerações no que tange à DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO no caso em tela.

Note-se que o Parecer, após aprovado pelo Presidente da República e PUBLICADO no Diário Oficial, VINCULA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, a teor do ART. 40, § 1º DA LEI COMPLEMENTAR 73/93:

Art. 40 – Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos a aprovação do Presidente da República.

§ 1º - O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula toda a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a dar fiel cumprimento.

Frise-se que a A. impetrada, ao ameaçar impor tais descontos ao impetrante, está indo de encontro, tanto à orientação da AGU, como deixando de dar cumprimento à Lei Complementar nº 73/93.

Veja-se o Parecer AGU / GQ 161/98

EMENTA:

“A Lei 8.112/90, de 1990, não desautoriza a orientação até agora observada de que as quantias recebidas “indevidamente”, de boa-fé, em virtude de errônea interpretação da lei pela administração e posterior mudança de critério jurídico adotado, não precisam ser repostas, mesmo quando desconstituído o ato. Conceito de pagamento indevido. Os pagamentos feitos em consequência de liminares, posteriormente cassadas por decisões judiciais definitivas, são pagamentos indevidos e estão sujeitos a reposição, uma vez que não se enquadram na orientação adotada pela AGU.

Mas não está só o eminente Advogado-Geral da União. O Supremo Tribunal Federal desde 1978, vem entendendo de forma ainda mais ampla, através do v. aresto no julgamento do RE 88.110/DF:

“É Indevida a devolução de vencimentos, não só quando percebido por força de decisão em mandado de segurança, como em decorrência de execução em ação ordinária. Vencimentos e salários têm privilégios de verba destinada a alimentos – CPC, art. 649, IV – não devendo impor-se sua restituição” (AC, 1ª T., STF, 26.09.78, RE 88.110-7/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckimin; DJ 20.10.78, p. 8.206). grifei.

Se por um lado é verdade que o acórdão data de mais de 20 anos, e, neste interregno, mudaram as leis, mudaram-se as interpretações, mudaram-se os conceitos, menos verdade não é que os proventos e vencimentos têm sempre, e ainda hoje, NATUREZA ALIMENTAR e, assim sendo, tendo ocorrido o pagamento a maior destes alimentos ao impetrante, foram eles incorporados ao seu patrimônio, dando-se à tais verbas sua destinação alimentar. Exigir-se agora tal devolução, implicaria em restituir-se alimentos, já consumados.

Ainda o Supremo Tribunal Federal em 1972 no julgamento do RE 74.122/ES, assim decidiu:

Ementa: Abono provisório.

Recurso Extraordinário da União, conhecido e provido, sem que fiquem os impetrantes obrigados a restituir o que receberam por efeito da segurança concedida. (Jurisprudência do STF, nº 00887020, 04370740, 01222000, 00000210 em 22.08.72, Rel. Min. Luiz Gallotti)

Inúmeros outros pareceres da AGU, se debruçaram sobre o tema, dentre os quais se destaca:

(...) “20 Quanto a esses efeitos, isto é, à reposição das vantagens recebidas em consequência da interpretação errônea dada à lei, parece-me que ela não se justifica, de momento que se incorporaram ao patrimônio dos beneficiários, que apenas se beneficiaram com o erro da Administração... (1995, Consultoria Geral da República, Consultor Geral, Dr. Themistocles Brandão Cavalcanti)”

E mais:

✓ “Parecer Z-260/57, Dr. A. Gonçalves de Oliveira, D.O. de 21/05/57, p. 12.852: *“Acumulação remunerada, desnecessidade de restituição dos vencimentos recebidos de boa-fé”*”

✓ “Parecer H-180/65, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, D. O. 27/05/65, p. 5.054: *“Importâncias pagas a maior – salário família. Percebidas de boa-fé, não cabe a obrigação de restituir”*”

✓ Parecer SR 38/87, Dr. Saulo Ramos, D.O. de 30/10/87, p. 17.950: *“Reposicionamento. Errônea interpretação da lei não justifica a reposição por parte de quem recebeu de boa-fé a vantagem, mais tarde considerada indevida”*

Já na Vigência da lei 8.112/90, a AGU, pronuncia-se novamente através da lavra do Dr. Quintão, desta feita no Parecer nº 114/96, D.O. de 26/11/96, verbis:

“(…) 12. Não creio mereça reparos a orientação que vem sendo observada. A redação dos dispositivos das duas leis é equivalente. Como o art. 125 da lei 1.711 de 1952, os art. 46 e 47 determinaram a forma pela qual as reposições à Fazenda Nacional são descontadas da remuneração do servidor. Não dizem quando, em que hipóteses, deve haver a reposição ou a indenização. A matéria é regulada pelo Direito Civil: quem recebe o que não lhe é devido, fica obrigado a restituição (CC art. 964); quem causa danos, deve indenizar (CC art. 159). Se se trata, verdadeiramente, de hipótese de recebimento indevido (reposição) ou de danos a reparar (indenização), é questão a ser decidida caso a caso. Aliás, isto ficou bem patente, não só no parecer X-29 (item 9 supra), como, também, no despacho nº 6 de 1988, que aprovou o parecer CGR/CR nº AS-21/88.

Ainda do brilhante parecer, destacamos trecho significativo que traduz-se na exata situação dos autos:

“O servidor público que, de presumida boa-fé, venha a receber alguma vantagem financeira, em decorrência de errada interpretação ou aplicação de norma legal, por parte da Administração, sem ter influenciado ou interferido na sua concessão, independente de havê-la pleiteado ou não, jamais poderá vir a ser compelido, depois, a devolver aquelas importâncias tidas por indevidamente pagas, porquanto descaracterizada a figura do indébito, em tais casos, nos quais o ato respectivo, embora vitimado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerar direitos, goza de presunção de Isto é intuitivo e de inteira justiça. Não se pode pretender penalizar o servidor, com o ônus da reposição, do que recebeu a maior indevido, depois de incorporado ao seu patrimônio, se ele não concorreu direta ou indiretamente, para o erro administrativo, do qual foi beneficiado ainda que isto assim, o desejasse.” Grifei.

CONCLUSÃO

Destarte, estando presentes os pressupostos autorizadores, quais sejam *o fumus*, defluente dos documentos acostados bem como sob o influxo da orientação pretoriana supra, além de todos os fatos e dispositivos legais expostos, notadamente a ausência do processo legal; e o “*periculum*”, consubstanciado na iminente ameaça de concretização do ato de desconto, a lesão ao direito, que só tende a aumentar ante a demora no julgamento final, e a demorada reparação pela via do precatório, considerando ainda a natureza alimentar da verba, requerem:

- a) A concessão da MEDIDA LIMINAR para determinar a autoridade coatora que se abstenha de descontar nos contracheques do impetrante a rubrica "reposição ao erário" até julgamento final do “*WRIT*”.
- b) Seja oficiado pessoalmente a A. impetrada a fim de prestar as informações de estilo no decêndio legal;
- c) seja dada ciência deste feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, a qual o impetrado integra (art. 7º, II da Lei 12.016/2009);
- c) Após o judicioso parecer do *parquet* federal, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA DEFINITIVA, determinando a não devolução dos valores recebidos a maior no período de JANEIRO de 2007 a SETEMBRO de 2009, por se tratar de verba de natureza alimentar recebida de boa-fé em decorrência de erro da Administração Pública Federal.
- e) nos termos do artigo 14 do Estatuto Processual Civil, seja fixada pena de multa diária, no caso de descumprimento da ordem no prazo assinado, bem como desde já advertida a autoridade de que a recusa no cumprimento da ordem judicial constitui em tese, crime de desobediência nos termos do artigo 26 da Lei 12.016/2009.
- f) O pagamento/devolução das parcelas eventualmente descontadas retroativamente à data da impetração.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00.

g) Mandado De Segurança – Emissão De Certidão Negativa De Debito – CND

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

na pessoa de seu representante legal, inscrita no CNPJ sob o nº com sede na, vem, por sue advogado ao final, com escritório na Rua, onde receberá intimação ou qualquer outro ato processual, impetrar:

MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar *inaudita altera pars*)

em face do Ilustre Sr. Chefe da Procuradoria da Dívida Ativa do INSS no Rio de Janeiro, cujo ato ilegal e abusivo ora impugnado consiste na negativa de emissão de CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO-CND, em favor da impetrante, sem que haja plausíveis e concretas razões a justificar tal negativa. Vejamos:

DA HIPÓTESE

A impetrante, empresa de comunicação legalmente constituída e em atividade mediante concessão do Governo Federal, em vias de realizar negócio publicitário com o Banco do Brasil, S.A., consistente na veiculação de informes publicitário deste, deparou-se com exigência de apresentação da CND no ato de assinatura do contrato, exigência perfeitamente legal e compreensível, tratando-se de Sociedade de Economia Mista.

Imediatamente dirigiu-se, através de seu representante legal, à Agência Méier do INSS, para requerimento e obtenção da CND. Ocorre que, ainda nas tratativas verbais foi informado da impossibilidade da consecução de seu objetivo em razão de haverem 02(dois) créditos lançados contra seu CNPJ(CGC); Pugnou então a impetrante, sempre através de seu representante legal, pela emissão de guia para quitação dos débitos, ao que obteve como resposta também a impossibilidade, uma vez que “*apenas constava no sistema o débito, não havendo informação quanto a valores ou qualquer outro dado*”

DOS FATOS

Diante de tão esdrúxula situação, um funcionário da Agência Méier enviou expediente a Procuradoria da Dívida Ativa, solicitando máxima urgência na informação acerca dos débitos apontados, todavia, inexistentes. (documento anexo). Esse expediente foi então recebido em 02 de março do corrente na Procuradoria da Dívida Ativa, que despachou: *Em relação aos créditos, não deram entrada até a presente data na dívida ativa*” (doc. anexo)

Foi então o processo ao Procurador Dr. Frederico Teixeira Barbosa que despachou:

“ Estamos encaminhando à chefia da Dívida Ativa, DOSSIÊ DE PEDIDO DE CND com despacho da Chefia do Setor de Apoio do Cartório, informando que NADA CONSTA a respeito dos créditos 04.394.623-2 e 04.395.247-0 na Justiça Federal, para manifestação superior quanto a alteração da FASE (916) uma vez que os créditos acima encontram-se na FASE 998-FALTAM DADOS PARA COBRANÇA JUDICIAL no sistema DIVIDA ATIVA.”.

Com esta informação foram os autos ao Procurador-Chefe que determinou “*ao setor de inscrição para encaminhar as NFLD’s indicadas no anverso*”. Essa determinação obteve a seguinte resposta: “*1. Após pesquisa no SAC, verificou-se que os créditos não se encontram cadastrados, portanto não há como localizá-los. 2. Consta que até pouco tempo houve um trabalho de depuração dessa fase. 3. Ao dr. Guilherme em devolução*”. Assim findou-se a desventura da impetrante no INSS. Ou seja, nada se resolveu, e nada se resolve.

DO DIREITO

Como se viu, o INSS acusa os créditos de nºs 04.394.623-2 e 04.395.247-0 como de responsabilidade da impetrante e, portanto, impeditivos à emissão da CND. Por outro lado, embora lançados, os créditos não constam de nenhuma NFLD, tampouco foram ajuizados. Note-se que lançamento do crédito de nº 04.394.623-2 data de 1964 e o de nº 04.395.247-0 data de 1984. Causa espécie à impetrante o fato de ter iniciado suas atividades em 1972, conforme consta do cartão do CNPJ anexo, e o INSS apontar crédito apurado em 1964; 08(oito) anos antes do início das atividades.

Ora, se os débitos embora lançados há mais de 30 e 15 anos, respectivamente, ainda não foram ajuizados, **JÁ SE ENCONTRAM PRESCRITOS**. Agravante maior é o fato de não haver nenhuma informação, ou sequer comprovação do crédito. Impedindo, não só a emissão da CND, mas também o pagamento! Veja-se a situação paradoxal a que está exposta a impetrante: nem pode obter do INSS a sua CND, nem pode pagar ao INSS os supostos créditos a fim de obtê-la, em razão da inoperância deste, que não sabe quem deve, o que deve, quanto deve e porque deve?!

A questão, indubitavelmente, encontra guarida no artigo 120 do Código Civil, *verbis*: *art. 120: Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer*”

Nessa esteira, não se olvide que a condição para obtenção da CND é a inexistência de débitos, ou, se existentes, sua quitação. Assim, não restam dúvidas que a conduta da autarquia ao negar a emissão da CND, negando também a possibilidade de pagamento, é maliciosa. Devendo ser a condição reputada como verificada. De outra senda, quem cobra ou quem aponta seu crédito deve fazê-lo com precisão, informando ao devedor a origem da dívida e seu valor, dando-lhe elementos e meios de quitação. *In casu*, o INSS não sabe informar absolutamente nada, informa apenas que existe um lançamento e que seu valor é ZERO; **QUE NÃO HÁ DADOS PARA INFORMAÇÃO; QUE NÃO HÁ PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL**; que não há como pagar e, finalmente, **QUE NÃO HÁ COMO EMITIR A CND**.

Nesse contexto, é flagrante o ilícito cometido pelo INSS e materializado em ato da A. impetrada ao impor a impetrante situação incorrigível em seu próprio benefício. Não cobra, mas permanece com o crédito lançado, nem emite a CND, “engessando” a impetrante para tratar de seus negócios. Nesse sentido, tem nos ensinado RENAN MIGUEL SAAD em seu livro “*O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*” Ed. Lumen Juris pags33/34:

“ Definiu-se o ato ilícito como a transgressão de uma norma jurídica, contratual ou legal, através da violação de direitos subjetivos, capazes de causar danos ao seu titular. Sabe-se também que o ilícito é o não cumprimento de um dever jurídico legal ou contratual. Ora, *o não cumprimento de um dever jurídico, que pode ter o mais variado conteúdo - dar uma coisa, realizar uma atividade, um não fazer algo que viola*

o direito subjetivo correspondente à norma jurídica que o criou - pode acarretar danos para o titular deste direito subjetivo. Em consequência haverá para o autor do ilícito o dever de reparar.” (grifos nossos)

Na realidade, não há crédito tributário legalmente constituído e líquido que impeça o fornecimento da certidão requerida. Mormente quando não oferece o INSS a certeza, liquidez e exigibilidade do título e impede a impetrante de, eventualmente, havendo tal débito, quitá-lo, pois não sabe seu valor ou sequer da sua real existência. Nesse sentido é de trazer-se à lume a redação do artigo 202 do CTN, segundo o qual o termo de inscrição da dívida ativa deve indicar obrigatoriamente:

I – omissis

II – a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III – a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição de lei em que seja fundado;

IV – a data em que foi inscrita;

Todavia, nenhum desses requisitos de validade e regularidade constam na inscrição, conforme se depreende dos documentos anexados. O fato que causa espécie à impetrante é que em 1998 fora emitida CND em seu favor, sem que constassem quaisquer restrições, notadamente quanto aos créditos da Fase 998. (CND anexa)

DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA LIMINAR

Como se constata, está a impetrante sofrendo sérios prejuízos, e na iminência de outros tantos com a não emissão da CND, uma vez que por força da inoperância do INSS, está arriscada a não ter seu contrato com o Banco do Brasil efetivado, além de estar impedida de outros tantos procedimentos legais. Frise-se que, além das consequências já citadas, surge ainda o abalo à imagem da impetrante perante seus clientes, uma vez que não poderia sequer exibir uma CND. Considerando que a autoridade coatora vem impondo a impetrante risco e constrangimento desnecessários, estão presentes os pressupostos autorizadores da MEDIDA LIMINAR, quais sejam:

- *Periculum in mora*: Caracterizado no dano material e moral de difícil reparação e nos prejuízos acarretados com a não emissão da CND, e que certamente só irão aumentar face a demora da decisão;
- *Fumus boni juris*: Representado pela prova de impossibilidade de pagamento e pela incerteza da exigência do crédito não localizado e se localizado pela evidência da prescrição (1964 e 1984), aliado ao fato de não haver até esta data nenhum ajuizamento (conforme informação do INSS-anexa),

Isto posto, confiante no exame sereno e no apurado senso de Justiça deste ínclito Juízo, requer no mérito:

a) O deferimento da MEDIDA LIMINAR, para determinar a Ilustre Autoridade Coatora que emita, no prazo de 48 horas a CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO-CND em favor da impetrante, sob pena de multa diária equivalente a R\$ 100,00;

b) Que sejam requisitadas as informações necessárias dentro do prazo legal.

c) Finalmente, após o judicioso parecer do *parquet*, na apreciação do mérito, seja-lhe concedida a SEGURANÇA no sentido obrigar definitivamente a A. impetrada a abster-se de exigir os créditos referidos, emitindo a CND.

Dá a presente o valor de R\$ 3.000,00

h) Mandado De Segurança Contra Exoneração De Servidor Por Abandono De Cargo - STJ

EXMO. SR. MINISTRO RELATOR DA __ SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

brasileiro, casado, administrador, identidade, CPF nº residente na Rua, vem, por seu advogado ao final, com escritório na Rua, centro, Rio de Janeiro, onde receberá intimações, nos termos da Lei 12.016/2009 e Lei 8.112/90, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA (Com pedido de Liminar)

Em face de ato do EXMO. SENHOR MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, com endereço na Esplanada dos Ministérios, Bloco F – 8º andar, Brasília – DF, CEP.: 70059-900, cientificando-se a UNIÃO FEDERAL (Ministério da Previdência Social), pessoa jurídica que a autoridade impetrada representa (artigo 6º da Lei 12.016/09), pelas relevantes razões de fato e de direito adiante aduzidas:

BREVE RELATO

O impetrante era ocupante de cargo público junto ao INSS até sua demissão pela Autoridade Impetrada em fevereiro de 2010, através da Portaria nº , DOU de 11 de fevereiro de 2010. Após Processo Administrativo Disciplinar onde não restara observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, concluiu-se pela inclusão do impetrante na pena inculpada nos artigos 132, II c/c artigo 138 da Lei 8.112/90, recomendando-se a pena de demissão por abandono de cargo público, tendo em vista faltas injustificadas ao trabalho. Todavia, diferentemente do restou apurado e concluído no PAD não ocorreu, *in casu*, o chamado “*animus abandonandi*”, como restará demonstrado a seguir. Dessa decisão não cabe recurso administrativo dotado de efeito suspensivo. (inciso I do artigo 5º da Lei 12.016/2009.)

DOS FATOS

Pois bem, como se infere do PAD anexo, o impetrante esteve em licença para tratar de interesse particular (artigo 91 da Lei 8.112/90) no período de 03 de junho de 2002 até 02 de junho de 2005, sendo renovada tal licença imediatamente até 29 de junho de 2008. Deveria ter o impetrante retornado às suas atividades laborais em 01 de julho de 2008. Porém por relevantes e gravíssimos problemas de saúde na família, o impetrante somente pode retornar em 01 de fevereiro de 2009, quando passou a exercer normalmente suas funções até a ciência de sua demissão em 11 de fevereiro de 2010.

Tal retorno, por si só descaracteriza o “*animus abandonandi*”. Veja-se que após seu retorno o impetrante laborou normalmente por mais de 01 (um) ano, e somente após este período foi demitido.

DAS RAZÕES DO NÃO RETORNO IMEDIATO APÓS O TÉRMINO DA LICENÇA

Foi requerida licença sem vencimentos pelo impetrante, tendo em vista a extrema necessidade de auxiliar seus pais, uma vez que os mesmos começaram a apresentar graves problemas de saúde e de estabilidade emocional, decorrentes, sobretudo, do avançar da idade. A intenção do impetrante sempre foi de retornar ao seu posto de trabalho tão logo resolvesse seus problemas pessoais, - como, aliás, fez em fevereiro de 2009, - e para tanto acreditava serem suficientes os três anos requisitados. No entanto, os acontecimentos relatados a seguir, envolvendo a saúde dos seus pais, o impediram de retornar ao exercício da função até fevereiro de 2009, pois a vida de seus pais é fator primordial para seu equilíbrio e o da família.

Conforme documentos médicos anexados ao PAD, seu pai ----, apresentou em 2007 um quadro de aneurisma abdominal que pôs e em risco sua vida, exigindo internação hospitalar e procedimento cirúrgico, conforme relatório médico anexado. Em função da idade avançada (79 anos), o processo de recuperação foi extremamente conturbado, envolvendo inclusive nova internação cirúrgica em abril de 2008 para sanar as sequelas da operação da aorta abdominal.

Por causa do intenso desgaste emocional sofrido durante o processo de recuperação de seu pai, sua mãe, ----- passou a apresentar sintomas de depressão, o que fez com que ela desenvolvesse um quadro de colite nervosa que a impossibilitava qualquer atividade física. A situação de sua mãe ficou extremamente preocupante quando ela fraturou o braço ao cair de um ônibus, retornando de uma consulta médica. A partir de então a colite nervosa se intensificou oferecendo risco de vida, pois o quadro depressivo associado à colite a deixaram desidratada e extremamente fraca, com o peso muito abaixo do normal. (Os relatórios comprovando os episódios ocorridos com sua mãe estão anexados ao PAD).

Não bastasse o risco de vida envolvendo seus pais, sua única irmã ----- que o ajudava a cuidar dos pais, se internou para tratar de uma otite aguda em novembro de 2007, que culminou com total perda de audição no ouvido direito. Diante do exposto, o servidor em questão sofreu também sério abalo psicológico, pois ficou responsável, sozinho, pelos cuidados com seus pais, sendo plenamente justificáveis suas faltas em função da gravidade dos problemas ocorridos, desconfigurando a intenção deliberada de abandonar o cargo que ocupava. Desta sorte a conclusão da comissão que processou o PAD, deveria necessariamente que ser contrária à demissão por abandono de cargo, para que o mesmo pudesse continuar exercendo a nova função para a qual foi designado, qual seja a de Técnico do Seguro Social, lotado na Seção de Recursos Humanos da Gerência Executiva Rio de Janeiro/Centro.

DO PROCESSAMENTO DO PAD

Verifica-se que o Processo Administrativo Disciplinar foi iniciado em 31 de julho de 2008, através do MEMORANDO/INSS/SRH/GEXRJN Nº 518/2008. O servidor somente foi citado para apresentar defesa em 14 de abril de 2009, conforme Mandado de Citação anexo. Isso em razão de não ter sido localizado para citação nos endereços constantes dos arquivos da autarquia.

A razão da não localização foi que diante dos acontecimentos narrados acima, se viu impetrante compelido a mudar-se para o endereço de seus pais, não tendo sido localizado para citação no PAD, não obstante os atos administrativos processuais continuassem a ser praticados à revelia do servidor, que deveria estar de tudo ciente podendo apresentar impugnação, testemunhas, etc. Enfim acompanhar o processamento do PAD, inclusive oportunizando a constituição de advogado para elaboração e auxílio na sua defesa administrativa. Veja-se que sequer um edital foi publicado conclamando o servidor ao retorno ou mesmo dando-lhe ciência da abertura do PAD.

Note-se que imediatamente após ser citado regularmente, o servidor apresentou defesa e documentos que a corroboravam, tendo feito aditamento apresentando o Contrato Social da empresa ----- – ME”, CNPJ --- --- DA QUAL SE DESLIGOU TOTALMENTE, VENDENDO SUAS COTAS SÓCIAS EM 19 DE FEVEREIRO DE 2008, AINDA DENTRO DO PERÍODO DE SUA LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR.

Assim, resta evidente que quando do término da licença ou do seu retorno ao trabalho, **JÁ NÃO MAIS POSSUÍA QUALQUER VÍNCULO COM TAL EMPRESA**, descaracterizando a conclusão da Comissão processante segundo a qual, estaria exercendo atividade incompatível com a função pública. Pois bem, afastado o elemento objetivo da conclusão pela demissão que seria o exercício de atividade incompatível com a função pública, consubstanciada no fato de ser sócio da empresa aludida acima, resta enfrentar o elemento subjetivo da conclusão que é o animo de abandonar o cargo.

Consoante remansosa jurisprudência dessa Corte Superior, indispensável aferir-se a intenção DELIBERADA do servidor de abandonar o cargo que ocupava. Confira-se:

RMS 21392/PR - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 2006/0026259-8

Relator(a)

Ministro FELIX FISCHER (1109)

Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento

17/12/2007

Data da Publicação/Fonte

DJe 03/03/2008

Ementa

“ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO. ABANDONO DE CARGO MOTIVADO POR QUADRO DE DEPRESSÃO. ANIMUS ABANDONANDI. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

I- É entendimento firmado no âmbito desta e. Corte que, para a tipificação da infração administrativa de abandono de cargo, punível com demissão, faz-se necessário investigar a intenção deliberada do servidor de abandonar o cargo.

II -Os problemas de saúde da recorrente (depressão) ocasionados pela traumática experiência de ter um membro familiar em quadro de dependência química, e as sucessivas licenças médicas concedidas, embora não comunicadas à Administração, afastam a presença do animus abandonandi.

Recurso ordinário provido.”

A situação destes autos não discrepa da orientação acima posta, eis que com o gradativo agravamento do quadro de saúde de seus pais e de sua irmã, o impetrante tornou-se compelido a adiar seu retorno a atividade, o que não pode configurar o *animus abandonandi*, diante do fato incontestável de ter retornado ao trabalho em fevereiro de 2009 e laborado normalmente sem qualquer fato que desabonasse sua conduta durante mais de um ano, até a aplicação da pena de demissão. Tem-se, assim, por afastado totalmente o elemento subjetivo ensejador da aplicação da pena extrema, qual seja a intenção deliberada do servidor de abandonar o seu cargo.

Também o Tribunal Regional Federal da 1ª Região comunga do entendimento desse STJ, vejamos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ABANDONO DE CARGO. CONFIGURAÇÃO. SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA INOBSERVADOS.

1. "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;" (Constituição Federal, Art. 5º, LV). 2. A simples ausência do servidor ao serviço por mais de trinta dias, não configura abandono de cargo nos termos do artigo 138 da Lei nº 8.112/90, ainda mais quando justificada pela apresentação reiterada de atestados médicos. 3. Não tendo sido garantido ao acusado o direito de produzir defesa efetiva, através de processo administrativo disciplinar, deve-se proceder à anulação do ato que resultou na suspensão de seu pagamento, bem como do livre exercício do cargo. 4. Apelação e remessa oficial não

providas. (Acórdão Nº 2000.01.00.060883-0 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 31 Agosto 2005. Autuado em: 17/5/2000 Processo Originário: 960026564-0/DF - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.01.00.060883-0/DF Processo na Origem: 9600265640 RELATOR(A): JUIZ FEDERAL CÉSAR AUGUSTO BEARSI (CONV.)

Com tais considerações fáticas e legais, corroboradas pelas provas carreadas ao PAD (anexo), conclui-se que restou não configurada a deliberada intenção do servidor de abandonar o cargo, mormente quando teve retorno ao serviço, laborando por mais de um ano até a demissão.

CONCLUSÃO

Conclui-se, assim pela flagrante ilegalidade da aplicação da pena de demissão seja por ausência do elemento objetivo (fazer parte de empresa privada) uma vez que as cotas sociais que possuía foram cedidas a terceiro ainda durante a vigência de sua licença legal; seja por total ausência do elemento subjetivo, uma vez que em nenhum momento restou configurado o *animus abandonandi*, que pudesse culminar com a pena extrema de demissão.

Ressai daí a ilegalidade perpetrada pela autoridade impetrada e impugnada nesse *mandamus*, que tem o fito de impugnar o ato atacado de ilegal e conseqüentemente requerer a ordem para, desconstituindo o ato, reintegrar o impetrante aos quadros do INSS, reassumindo de imediato suas funções.

Assim, presentes os elementos autorizadores da concessão liminar, qual seja *o fumus boni iuris* consubstanciado no retorno do servidor ao cargo descaracterizando o *animus abandonandi*, e *o periculum in mora*, residente na natureza alimentar da verba salarial a que esta sendo privado o impetrante com a imposição da pena de demissão, requer:

- a) seja deferida a MEDIDA LIMINAR determinando o imediato retorno do impetrante ao cargo público que ocupava junto ao INSS, até ulterior deliberação do Juízo;
- b) seja colhido o judicioso e necessário parecer do *parquet*;
- c) a notificação da autoridade impetrada para prestar as informações no decêndio legal;
- d) seja dada ciência do feito a UNIÃO, ente da Administração Pública o qual integra a autoridade impetrada, através de sua representação judicial, para querendo intervir; (art. 7º, II da Lei 12.016/2009);
- e) finalmente, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, NO SENTIDO DE DESCONSTITUIR O ATO DE DEMISSÃO DO IMPETRANTE, determinando seu retorno definitivo ao cargo e reintegrando-o aos quadros do INSS na mesma função exercida quando da demissão.
- f) seja oficiado ao INSS do inteiro teor da decisão mandamental, para imediato cumprimento, sob pena de ser fixada multa diária, no caso de descumprimento da ordem no prazo assinado, bem como desde já advertida a autoridade de que a recusa no cumprimento da ordem judicial constitui, em tese, crime de desobediência nos termos do artigo 26 da Lei 12.016/2009.

Dá a causa o valor de R\$ 10.000,00

i) Mandado de Segurança Contra Ato Omissivo de Autoridade Judicial

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARIA, brasileira, viúva, identidade nº, CPF nº, residente na, por seu advogado ao final, com escritório na Rua, centro, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (com pedido de liminar)

em face de ato omissivo do MM. Juiz de Direito da vara cível da capital pelos relevantes motivos de fato e de direito aduzidos:

DO POSICIONAMENTO FÁTICO

Que em 05 de abril de 1999 a impetrante ingressou com agravo de instrumento visando desconstituir despacho interlocutório proferido pelo MM. Juiz impetrado, nos autos da Ação Renovatória nº---, que, revogando despacho anterior, fixou o aluguel provisório em patamar abaixo, inclusive, do aluguel mensal ajustado contratualmente. Distribuído o Agravo à 11ª Câmara Cível), sob a relatoria do eminente Desembargador foi diferida a apreciação do pedido de efeito suspensivo para o advento das informações, solicitadas ao MM. Juiz monocrático em 14/04/1999. Ocorre que, desde 27/04/1999 encontram-se os autos do agravo paralisados à espera das informações pelo MM. Juiz impetrado, há mais de 60 dias, portanto.

DO POSICIONAMENTO JURÍDICO

Do Cabimento do Mandamus

Da Lesão ao Direito Líquido e Certo

Uníssonas, doutrina e jurisprudência, vêm admitindo, não só a ação de garantia contra ato judicial - quando outro recurso não houver - como também a concessão da ordem em se tratando de omissão da autoridade judicial, como no caso em tela. Para Hely Lopes Meirelles, “atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade. Passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos a direito líquido e certo do impetrante” (Mandado de Segurança, 17ª Ed., Malheiros, atualizada por Arnaldo Wald).

In casu, a lei processual (art. 527, I) estabelece o prazo de 10 dias para que o Juiz da causa preste as informações. É bem verdade que atualmente praticamente impossível cumprir-se, com absoluto rigor, os prazos processuais estabelecidos em tempos outros. Entretanto, a absurda dilação imposta pela omissão do MM. Juiz da causa, beira as raias da desídia, estando flagrante a lesão ao direito líquido e certo da impetrante, qual seja, o direito de ter entregue por completo a prestação jurisdicional reclamada. “Tratando-se de ato omissivo, não é necessário, pois, que se trate de ato executório, porque o ato omissivo, em que não há esse caráter, também enseja a impetração do mandado de segurança”, salientando que também Arnaldo Wald entende que “atualmente conhece-se de toda impetração contra atos judiciais(...) A evolução é sempre no sentido de se ampliar o campo de aplicação do mandado(...), (José Cretella Júnior, in Comentários a Lei do Mandado de Segurança, 9ª edição, Forense, pág., 112)

Há ainda que percorrer-se a dominante jurisprudência da Superior Corte de Justiça, segundo a qual: “Mandado de Segurança. Ato omissivo. Se a Lei marca prazo para a prática do ato, após decurso desse prazo começa a omissão a violar o direito do impetrante. Logo, a contar do fim daquele prazo, começou a ilegalidade por omissão, devendo-se daí contar o prazo de 1`20 dias para o ingresso em juízo” (RTJ, 53/637, Rel. Aliomar Baleeiro). grifei

Ora, como se já disse aqui, a ilegalidade da omissão decorre da própria lei processual que, ao estabelecer prazo para a resposta às informações, certamente o fez pensando na urgência e celeridade impostas ao recurso de Agravo, do contrário restaria letra morta o artigo 528 daquele diploma, prevendo o julgamento do mérito do recurso no prazo máximo de 30 dias. Eméritos julgadores, o prejuízo causado pela omissão apontada é patente, haja vista que acaso julgado ao gravo e provido, a impetrante já não mais suportaria a redução de 50% imposta no aluguel pela decisão agravada.

Nem se diga que caberia ao eminente relator providências quanto aos fatos narrados, vez que embora provocado pela impetrante (petição anexa), este encontrava-se de licença. Recorreu, então, a impetrante, ao Desembargador-Presidente da 11ª Câmara, que despachou na petição: “Ao Exmo. Sr. Desembargador Relator”. A par do fumus, tem-se por presente ante aos fatos narrados e ainda pela situação a que se submeteu a impetrante, privada da entrega da prestação jurisdicional (agravo) em face da omissão do impetrado, sendo que o periculum, este por si só consubstanciado na verba referente ao aluguel, que compõe a renda mensal da impetrante, tendo, via oblíqua, caráter alimentar, como também pela proximidade do recesso desta Corte, aliada à licença do Sr. Relator, o que fará com que o recurso só tenha termo em meados de agosto, e ainda assim, se vierem as informações solicitadas.

DO PEDIDO

EX POSITIS, estando presentes os pressupostos de admissibilidade da medida, REQUER:

- a) seja concedida a liminar para, atribuindo efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento até o retorno do relator, determinar à autoridade impetrada que preste as informações solicitadas há 60 dias, no prazo de 05 (cinco) dias.
- b) Sejam requisitadas as informações no aprazamento legal;
- c) Após o decêndio das informações e com o judicioso parecer do parquet, seja concedida a Segurança, confirmando a liminar, no sentido de garantir à impetrante a entrega da prestação jurisdicional reclamada.

Dá –se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

j) Mandado de Segurança – Pensão INSS Ex-Esposa x Companheira

EXMO. SR. DR. JUIZ DA __ VARA FEDERAL DE JOÃO PESSOA - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA PARAÍBA

MARIA, brasileira, divorciada, aposentada, identidade n°, IFP/RJ, CPF n° residente na rua -----Rio de Janeiro, vem, por seu advogado, com escritório na rua, onde receberá intimações e outros atos processuais, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (com pedido de liminar INAUDITA ALTERA PARS)

em face do Sr. Coordenador de Recursos Humanos do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, neste Estado, com endereço na, em razão de ato ilegal que indeferiu a instituição da quota-parte da pensão estatutária a que faz jus a impetrante em razão do falecimento de seu ex-companheiro, como restará demonstrado nas razões do *mandamus*.

DA HIPÓTESE

A impetrante viveu por mais de 25 anos sob o mesmo teto com o ex-servidor -----, sendo certo que quando da separação, ocorrida única e exclusivamente em razão dos problemas de saúde que o acometeram, impondo-se o seu retorno ao Estado da Paraíba, foi instituída, por iniciativa do seu companheiro, uma pensão alimentícia em favor da impetrante perante o Juízo da 3ª vara de família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, processo n° ----- conforme prova pré-constituída anexa.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA

É de frisar-se que a autoridade impetrada neste writ, é quem, de fato, praticou o ato inquinado de ilegal, e ainda, é aquela que detém os meios para eventual cumprimento da ordem mandamental, no entendimento da jurisprudência: “ *Autoridade coatora não é exatamente aquela que tem competência para corrigir o ato, mas aquela que dispõe de uma forma eficaz de cumprir a prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante*” (AMS 95.01.07451, DJ 2-24/6/95, p. 40.090 - Juiz Federal Tourinho Neto, TRF 1ª Região)

Nesse sentido, aliás, pronunciou-se, oportunamente, a Ilustre Juíza Federal LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA, da seção judiciária do Rio de Janeiro, ao proferir sentença acerca da matéria ora discutida, no MS 96.0011026-3/RJ, *verbis*: “ *Embora a autoridade apontada não disponha de competência para entrar diretamente no sistema SIAPE, modificando-o, para fazer efetivas alterações na folha de pagamento do órgão, é de sua competência encaminhar ao Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE - todas as ocorrências havidas no âmbito administrativo, passíveis de resultar em alteração em folha, como é o caso de ausências desautorizadas ao serviço, licenças sem vencimentos deferidas, férias, etc., requerendo a criação de rubrica com os dados da alteração a ser processada*” (grifamos.)

Por derradeiro, bastante elucidativa é a orientação da Segunda Região no julgamento da apelação em MS n° 021132/RJ REG. 97.02.44263-0, 3ª Turma, TRF 2ª Região: “*A legitimidade é matéria que deve ser apreciada mesmo de ofício (267, VI e § 3º, do CPC). É legítima a autoridade que, executora do ato impugnado, teria meios e competência para cumprir a ordem determinada no writ.*”

Não destoia o entendimento da jurisprudência da Colenda Corte Superior de Justiça: Para figurar no polo passivo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena, que determina ou pratica o ato, ou ainda a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora a posteriori, a posição de coator” (STJ 1ª Seção, MS4.085/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10.11.97)

DOS FATOS

A par daquela supracitada situação, requereu a impetrante, com arrimo do art. 217, I, alínea “C” da lei 8.112/90, sua habilitação como pensionista do ex-servidor. Ocorre que, em 04 de maio de 1999, foi a impetrante notificada pelo INSS, órgão que a A. impetrada representa, do indeferimento do seu pleito, sob a pálida alegação de que, à época do passamento, já não mais se verificava a união estável. Entretanto, não considerou a A. impetrada a duração da referida união estável (mais de 25 anos), e tampouco a existência de pensão alimentícia em favor da impetrante como alhures gizado.

Nem se discute nos autos a designação da impetrante como beneficiária da pensão, sendo certo que a decisão administrativa assim asseverou:

“3- Em análise minudente nos assentamentos funcionais do de cujus, constatamos que a requerente foi designada através do processo nº 35301.137037/93-57, apensado ao feito. Não obstante, para a promoção do pleito é condição sine qua non que a suplicante comprove união estável como entidade familiar, conforme norma disciplinadora da matéria sobredita.”

Do que se infere, nem mesmo a decisão que indeferiu o pleito traz dúvidas quanto à designação da impetrante como beneficiária da pensão.

DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO CONCUBINÁRIA

A Constituição de 1891 assim dispunha: *“A republica só conhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (Art. 72, §1º)”*, tendo o Código Civil de 1916 sido confeccionado sob a égide daquela Lei. A Carta de 1934 em seu art. 144, dizia: *“A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”*, Já a Constituição de 1937, em seu art. 124, recepcionou, *in totum* o disposto na Carta de 34, e a Constituição de 1946 também em nada inovou a anterior, dizendo: *“A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito á proteção especial do Estado (Art. 163, caput)*. A Carta Política vigente, em seu art. 226, dispôs: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”*. Em seguido no parágrafo primeiro colocou que *“o casamento é civil e gratuita a celebração”* e, no parágrafo 3º diz que *“Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*

Assim, dizem as normas constitucionais citadas que, a família, e não o casamento, terão proteção do Estado, ou dos Poderes Públicos, *in casu*, do Judiciário. Encontra-se, pois, a supremacia da família sobre o casamento, sendo que a Constituição vigente, contrariando os textos constitucionais anteriores, tirou do casamento o monopólio como forma de se constituir família, colocando, ao seu lado, a união estável, que nada mais é do que a relação concubinária ou ainda, a sociedade de fato entre homem e mulher, que vivem ou viveram como se casados fossem.

É o que ocorre no caso em tela.

Ora, a Constituição Federal e a Legislação infraconstitucional têm por objetivo proteger a família, que como já visto, pode ser constituída pelo casamento ou pela União de homem e mulher com o fito de constituir família e viver como se casados fossem. Aliás assim já entendeu o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo em v. aresto da lavra do Des. CEZAR PELUSO, *in verbis*:

“ Isso, no antigo direito, já tinham percebido doutrina e jurisprudência, velhas mas sábias (cf. moua bittencourt, “concubinato, são paulo, liv. ed. universitária de direito, 1975, p.197 n° 162”, revista dos tribunais, 443/146 e, ainda, 534/104, 515/216, 417/141, 411/357, 401/193, etc) e é agora consequência normativa, retilínea, do art 226 §3º da constituição federal em vigor. se toda união estável, more uxório, é entidade familiar, a disciplina dos aspectos patrimoniais de sua vigência e dissolução não pode conter-se regras de obrigações mercantis, ou de sociedades irregulares, mas no seio dos princípios do direito de família, perante os quais o dinheiro pesa menos que a pessoa e, salvo convenção, os aquestos se comunicam sempre” (apelação cível n° 145.071 –1/5, j. 17.12.91 v.u. boletim AASP n° 1765 p. 396).

Note-se que o brilhante aresto transcrito foi lavrado antes mesmo do advento da lei 9.278/96, reconhecendo, àquela época, já a intenção da união estável entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, sem contudo levar em consideração a falta de Lei específica que hoje é a lei 9.278/96. Por sua vez o Eg. Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim decidiu:

“(…) A cinco porque o novo sistema constitucional, em termos de direito de família, sustentando-se na igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, reconhece a união estável entre homem e mulher, qualificando-a como entidade familiar determinando expressamente que o Estado, além de facilitar-lhe a conversão em casamento, a meu juízo, salvo entendimento mais lúcido, garantir a integridade física da companheira e resguardar os filhos dos maus exemplos na sua formação. Como assinalou a ilustre Subprocuradora Dra. Helenita A. G. Caiado Acioli, pelo parquet, quando do exame do agravo. “ A Família pelo art. 226 da Constituição Federal, não se constitui apenas pelo casamento, mas pela união estável entre homem e mulher.” E como, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, que deverá assegurar assistência na pessoa de cada um dos que a integram, e criar mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações” (Resp. 10.113-SP Julg. 04.06.91. v.u., Repert. IOB outubro/91 n° 19/91 p., 413).grifei.

Ora, não há como se negar que a atual Constituição criou mais uma situação ou posição do indivíduo, da pessoa, na sociedade familiar, antes mesmo da Lei 9.278/96. Dependendo-se que o acolhimento da decisão impugnada seria a negativa de vigência ao art. 226, §3º da CF/88 bem como ao Código Civil na parte de Direito de Família, eis que, como restou provado, tais dispositivos do direito de família são aplicáveis ao caso presente.

DO DIREITO

Inicialmente deve-se salientar que o rigorismo excessivo na interpretação dos textos legais pode levar, invariavelmente, à injustiças, sendo certo que a exigência vislumbrada pela administração pública, não vem encontrando amparo no Judiciário, especialmente quando conflitante com o art. 226 § 3º da Constituição Federal, que garante à companheira os mesmos direitos da esposa. Nesse sentido tem sido a interpretação dos Tribunais, notadamente da Corte Regional da 2ª Região:

Previdenciário. Processo Civil. Pensão por morte de ex-companheiro. Convivência por mais de cinco anos. Filhos. Dependência econômica. Redução da verba honorária. Critério de correção monetária.

- Ainda que à época do óbito não houvesse mais coabitação, mas demonstrando que teve vários filhos do de cujus e que dele obtivera pensão alimentícia por força de sentença judicial, a antiga companheira comprovou ter tido com ele vida em comum por mais de cinco anos e também a sua dependência econômica, fazendo jus à pensão previdenciária deixada pelo ex-companheiro.

- A correção monetária deve ser feita pela súmula 148 do STJ.

- Redução dos honorários para 10%. (In Apelação Cível 96.02.22169-0/ES, Rel. Des. Clélio Erthal. J. 04.06.1997).

Pelos documentos adunados, a impetrante comprova, extreme duvida, que viveu por mais de 25 anos com o ex-servidor; comprova ainda a sua dependência econômica, não só pela declaração de Imposto de Renda de seu ex-companheiro, como também por documentos de próprio punho deste, onde demonstrava sua preocupação com o futuro de sua companheira; demonstrado ainda que vinha percebendo pensão alimentícia, abruptamente estancada pelo INSS.

Como se infere, para a concessão da pensão só se exige a prova da dependência, que já encontra-se decidida, nada mais obstando a implantação da pensão em favor da requerente. Nesse sentido específico:

EMENTA. ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE – IMPOSSIBILIDADE

I- A falta de designação formal como beneficiária não elide a concessão da pensão por morte, desde que comprovada satisfatoriamente a convivência more uxório pelo prazo legal e a dependência econômica do servidor falecido – não efetuada tal comprovação, impossível a concessão do benefício – alínea c, item i do art. 217, da lei 8.112/90. II- Apelação improvida. sentença confirmada. (ap. MS nº 96.0234349-4, rel. Frederico Gueiros, j. 28.04.97, DOU 20.01.98, p. 65, 4ª turma, TRF/2ª r.)

Na mesma esteira, sem discrepar, é a orientação da Corte Superior de Justiça no trato do tema: RE n. 35.971-PE 93.0016676-0, Lex-JSTJ e TRF Vol.99, p.52:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRA

I- A falta de designação, como dependente, da companheira não obsta sua inscrição como beneficiária. Inteligência dos arts. 16 e 17 da Lei 8.212, de 24.97.91. II- Recurso não conhecido (rel. Min. Felix Fischer, 5ª T. STJ, Unân. DJ 16.06.1997).

CONCLUSÃO

Destarte, estando satisfatoriamente provada a condição de dependente, e preenchidos os pressupostos legais, presentes portanto, os requisitos autorizadores da medida, quais sejam:

o fumus boni iuris, pela própria decisão impugnada e pela flagrante ilegalidade da exigência de união estável ao tempo do passamento, bem como pela comprovada existência de pensão alimentícia em favor da impetrante; e o

periculum, considerando a natureza alimentar da pensão, a idade da impetrante, e a injustificada resistência da A. coatora, REQUER:

a) O deferimento da Medida Liminar para determinar à autoridade impetrada que implante, incontinenti, a pensão civil deixada pelo ex-servidor, na proporção de 50%, em favor da impetrante.

b) Sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após a manifestação do ilustre membro do parquet federal, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA DEFINITIVA, no sentido de garantir à impetrante a implantação da pensão civil pelo falecimento de seu companheiro, pagando-se os valores atrasados desde a data da impetração.

d) Multa diária, a critério deste ínclito juízo, em caso de descumprimento da ordem no prazo assinado.

e) A citação da viúva do ex-servidor, Sra-----, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, com endereço na Rua -----, João Pessoa.

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00

1) Mandado de Segurança para Impugnar Ato do Tribunal de Contas da União que negou Registro de Aposentadoria

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MARIA, brasileira, divorciada, identidade nº, CPF nº, residente na, por seu advogado ao final, com escritório na rua, onde receberá intimações ou outro ato processual, vem impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)

Em face do Exmo. Sr. Ministro Presidente da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União -TCU, com sede nesta cidade, cientificando-se ainda a UNIÃO FEDERAL, pessoa jurídica que a autoridade impetrada integra (artigo 6º da Lei 12.016/09), pelas relevantes razões de fato e de direito aduzidas:

LEGITIMIDADE PASSIVA

Para figurar no polo passivo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena que determina ou pratica o ato, ou ainda a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora a *posteriori*, a posição de coator” (STJ 1ª Seção, MS 4.085/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10.11.97)

DA HIPÓTESE

Como se infere dos documentos adunados, a autora, em 14/01/1999, aposentou-se proporcionalmente (25/30) como servidora do TRT da 1ª Região através do Ato 29/99, DOU de 14/01/99. Para tanto fez uso da averbação de um tempo de serviço rural compreendido no período de 12 de agosto de 1971 até 16 de abril de 1975, obtido através do processo de Justificação Judicial número 97.0078027-9 perante a 40ª vara federal/RJ. A aposentadoria encontrava-se, por 11 anos, aguardando registro junto ao TCU.

Ocorre que agora em 30/06/2010 foi Notificado através do OFICIO SGP/DIAP/SEDID Nº 0098/2010 de que o TCU nos autos do PROCESSO Nº TC 002.019/2007-9, negara registro a sua aposentadoria, por não ter considerado o tempo de serviço rural em razão da falta de contribuições respectivas, ainda que venha tentando a imperante realizar tais contribuições de forma indenizada, na forma determinada por aquela Corte de Contas. Do tempo total de 25 anos 03 meses e 18 dias, foi expurgado o tempo de 03 anos, 08 meses e 09 dias. Perfazendo assim 21 anos 07 meses e 09 dias.

Nesse Ofício o TCU determina o retorno da impetrante a atividade em 15 dias; ou a imediata suspensão do pagamento dos proventos, ou ainda o pagamento das referidas contribuições de forma indenizada. Dessa decisão não cabe recurso administrativo dotado de efeito suspensivo (inciso I do artigo 5º da Lei 12.016/2009 e Lei 9.784/99). Com efeito, a impetrante ajuizou perante o IX Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o processo nº ----- objetivando fosse o INSS compelido a emitir guia de recolhimento indenizado do período de labor rural. Julgado improcedente o pedido em primeira instância, está a impetrante aguardando julgamento do Recurso Inominado perante as Turmas Recursais da Segunda Região, para que, enfim, possa recolher as contribuições indenizadas na forma determinada pelo TCU.

DA INTEGRALIZAÇÃO DO TEMPO MESMO COM O EXPURGO DO PERÍODO DE LABOR RURAL – APLICAÇÃO DA SÚMULA 74 DO TCU

De acordo com a CERTIDÃO anexa, a impetrante, após aposentada, voltou a contribuir para o Plano de Seguridade Social – PSS desde 20/05/2004 na forma do parágrafo 18 do artigo 40 da CF/88, acrescido pela EC 41/2003; portanto, já contribui há mais de 06 anos, período mais do que suficiente para “cobrir” o lapso deixado pelo eventual não acatamento do tempo de serviço rural. Também de acordo com a CERTIDÃO anexa, a interessada no período de 15/10/1999 até 21/10/2001 exerceu cargo em comissão junto ao TRT da 1ª Região, tendo também vertido contribuições para o INSS na forma do parágrafo 13 do artigo 40 da CF/88.

DA APLICAÇÃO DA SUMULA 74 DO TCU

É nesse sentido o teor da SUMULA 74 do TCU, segundo a qual: “*Para efeito apenas de aposentadoria – e não para o de acréscimo por tempo de serviço ou qualquer outra vantagem – admite-se a contagem do período de inatividade, com objetivo de suprir lacuna deixada pela exclusão de tempo de serviço não computável em face da lei e o de evitar a reversão a atividade de antigos servidores, cujas concessões foram tardiamente submetidas a exame e julgamento do Tribunal de Contas da União.*”

É esse exatamente o caso em tela, onde a interessada já se encontra aposentada desde 14/01/1999, há mais de 11 anos, e somente agora sobreveio o exame da regularidade pelo TCU. Sendo certo que se a Súmula, editada em 1976, permite a contagem e aproveitamento do tempo de inatividade numa época em que sequer havia a contribuição do inativo para o sistema previdenciário, mormente agora onde o aposentado também contribui sobre seus proventos. De outra senda, é dizer que aplica-se a ela o velho brocardo jurídico: “QUEM PODE O MAIS, PODE O MENOS”.

Ademais, se o tempo de inatividade sem contribuição podia ser aproveitado para cobrir lacuna por exclusão de tempo de serviço numa época em que não havia contraprestação (contribuição do inativo), surge com mais força agora o teor da referida súmula, onde já se demonstrou que a interessada contribui desde 20/05/2004 para o PSS. Razão pela qual DEVE SER ESSE TEMPO APROVEITADO, nos termos da Súmula 74 daquela Corte de Contas, para suprir a lacuna deixada pela exclusão do tempo de atividade rural.

DO RISCO DE PERECIMENTO DO DIREITO – NECESSIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA

Note-se que o TCU levou cerca de 11 (onze) anos para analisar o processo de aposentadoria da impetrante, negando-lhe registro após mais de uma década em análise. É compreensível em casos específicos a morosidade nos julgamentos de processos, mas cumpre salientar que a EC 45/04 ao incluir o inciso LXXVIII no rol de Garantias Fundamentais do artigo 5º da CF/88, consagrou o princípio da razoabilidade na tramitação dos processos judiciais e administrativos.

Não seria nada razoável que agora, passados mais de uma década em análise, determine o TCU o retorno da impetrante a atividade no prazo de 15 dias, mormente quando esta vem perseguindo cumprir a determinação de recolhimento indenizado das contribuições devidas relativamente ao tempo de serviço rural, através do ajuizamento da competente Ação Judicial. O imediato retorno a atividade sem que se possibilite a impetrante cumprir a determinação do TCU no sentido de recolher as contribuições devidas, causará evidente dano, este *in re ipsa*, de vez que a impetrante embora já aposentada terá de voltar as suas atividades laborais no prazo de 15 dias, ou ainda, se assim não o fizer, terá seus proventos suspensos no mesmo prazo, estando, destarte, impossibilitada diante de tal ato de fazer cumprir a alternativa determinada pela Corte de Contas qual seja, o recolhimento das contribuições indenizadas, uma vez que ainda aguarda pronunciamento judicial sobre o *thema*.

Ademais, verifica-se que tais contribuições, em verdade sequer seriam devidas, bastando que se comprove o efetivo exercício da atividade rural, é o dispõe o artigo 55, § 2º da lei 8.213/91, segundo o qual não é cabível a exigência da comprovação do recolhimento das contribuições atinentes ao tempo de

serviço do trabalhador rural (parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos do MS 26.461/DF, fls. 188-191).

Assim, presentes os elementos autorizadores da concessão liminar, qual seja *o fumus boni iuris* consubstanciado na Sumula 74 do TCU, eis que mesmo expurgado o tempo rural, já perfaz a impetrante tempo suficiente para suprir tal lacuna; bem como na redação do artigo 55, § 2º da lei 8.213/91; e *o periculum in mora*, posto na exigência de imediato retorno do servidor ao cargo após 11 anos de aposentação; bem como a ameaça de suspensão do pagamento dos proventos no prazo de 15 dias, considerando ainda a natureza alimentar da verba e a impossibilidade imediata de recolhimento das contribuições indenizadas até que haja pronunciamento judicial sobre tal requerimento;

DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVOGAR ATO PRATICADO HÁ MAIS DE 05 ANOS – ARTIGO 2º do Decreto 20.910/32 c/c artigo 54 DA LEI 9.784/99

É ressaltado e rebarbativo dizer que os atos administrativos estão também sujeitos aos efeitos sanatórios do tempo, sendo certo que assim sendo configuram ato jurídico perfeito e acabado. Embora seja a aposentadoria ato complexo, não perde ele o status de ato administrativo, e mesmo por isso sujeito a prescrição. No que pertine ao prazo prescricional das ações e direitos reivindicados contra a Administração Pública, *e vice-versa*, ainda vige o Decreto 20.910/32, que declara em seu artigo 2º:

"Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças."

Sucedendo que a prescrição elencada pelo citado comando legal não possui como finalidade apenas regular o ingresso de ações por parte dos interessados contra o poder público, funcionando também como freio a revogabilidade dos atos administrativos baixados quando o Poder Público, utilizando-se da faculdade do seu autocontrole, pretende revogar ou até mesmo anulá-los. Esse raciocínio lógico depreende-se do próprio texto legal, visto que o artigo 2º do Decreto 20.910/32 impõe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de "todo o direito", sem exceção.

Fato que leva o intérprete a concluir que, pela dicção do sadio princípio da igualdade, norma assente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, a consumação do lapso prescricional é endereçada tanto para o ente público como também para o administrado. Pensar de modo diverso seria o mesmo que desprezar o Estado Democrático de Direito, ao qual se refere a Constituição Federal no seu artigo 1º. Portanto, o ente público possui, como regra legal, a faculdade de rever os seus atos administrativos dentro de cinco anos, sob pena de, não o fazendo nesse aprazamento, precluir o direito de auto-tutela em outra oportunidade.

Ratificando o que acabamos de dizer, nada melhor do que se ater ao recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que pela voz do conceituado Ministro Relator LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, deixou registrado nos anais da Corte que a prescrição do ato administrativo afeta o direito do administrado como e, sobretudo, da Administração: "Resp⁹²- ADMINISTRATIVO - PRESCRIÇÃO - A prescrição afeta o direito de o credor exigir parcelas do direito ao devedor, a decadência atinge o próprio direito. A prescrição pode ser argüida tanto pela Pública Administração, como pelo servidor. Além do princípio da igualdade, o instituto visa a resguardar, com a seqüência do tempo, a estabilidade das situações jurídicas. Conta-se tempo igual para ambos."

Citado pelo eminente Ministro CERNICCHIARO, o pranteado HELY LOPES MEIRELLES em curtas, porém robustas palavras, assim define a controvérsia: "A prescrição administrativa opera a preclusão da

⁹² (5) (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 136.204-RS/97.0041207-5, Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, 6ª Turma, julgado em 21.10.97).

oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação (...). O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores. Transcorrido o prazo prescricional fica a Administração, o administrado ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante o extemporâneo."⁹³

Portanto, se ocorre a prescrição para a Administração revogar seus atos no prazo de 5 (cinco) anos, por igual tal preceito atinge o ato administrativo na sua essência."⁹⁴ Já Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, em seu artigo 54, estatui que o Administrador decai de seu direito à revisão após cinco anos, salvo se comprovada má-fé. Que, diga-se, in casu inoocorre, porquanto a averbação foi determinada e aprovada pelo *órgão competente*. Não se concede, pois, o motivo pelo qual a Administração Pública estaria isenta de prazo para rever seus atos viciados, quando se sabe que a invalidação dos mesmos quase sempre geram efeitos na esfera jurídica alheia.

À míngua de prazo legal, adota-se o prazo quinquenal, não só por isonômica interpretação extensiva do art. 2º do Decreto mencionado, como também por analogia com disposto no art. 54 da Lei 9.784/99, que passou a disciplinar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Nesse sentido manifestam-se os ilustres doutrinadores Hely Lopes Meirelles, Regis Fernandes de Oliveira e Maria Sylvia Di Pietro, que cita a posição do primeiro e, após, conclui, *in verbis*: “*Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles entendem que, no silêncio da Lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas se tratando de direitos de natureza real á que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência. Desse modo, prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, que por iniciativa, quer mediante provocação das relações jurídicas*”

Assim, tendo a impetrante a presunção de ter agido de boa-fé, decaiu o direito da Administração de anular este ato que computou o tempo se serviço rural como válido para a aposentadoria. Ademais, este tem sido o entendimento apresentado pelo nosso Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO INDEVIDA. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO. DECADÊNCIA.

Não pode a administração Pública, após o lapso temporal de cinco anos, anular ato administrativo que considera viciado, se o mesmo gerou efeitos no campo de interesse individual de servidor público ou administrado, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico. Precedentes, Recurso não conhecido.(STJ – Quinta Turma, Resp. 2002/0160054-5,Rel.Felix Fischer, DJ: 01/03/2005)”

DO DIREITO

A autora exerceu atividade rural em forma de regime de economia familiar com seu então marido -----
- no período de 12 de agosto de 1971 até 16 de abril de 1975, no imóvel rural de propriedade de ambos, localizado no município de Itaguaí-RJ sob o código 320500180042, o qual após a criação do INCRA passou a ser registrado sob o código 521.035.005.509-9. Note-se que à frente do negócio para efeitos legais e contribuições sociais figurava o marido da autora, conforme denotam os documentos juntados à

⁹³ "Direito Administrativo Brasileiro", 1989, 15ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 577.

⁹⁴ Artigo do Dr. MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA PRECLUSÃO NO CAMPO DO DIREITO ADMINISTRATIVO -
IMUTABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CONCESSIVO DAS APOSENTADORIAS EXCEPCIONAIS

Justificação e os ora adunados, notadamente a Relação Alfabética dos Produtores Rurais do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

Frise-se ainda que tal fato não descaracteriza a prestação de atividade rural, uma vez que a mesma sendo exercida em caráter de regime familiar não necessita que os registros estejam em nome da autora, bastando que se faça prova de que estavam registrados em nome de seu marido, cabeça do negócio. Nesse sentido: a) a Lei n. 8.213/91 exigia, para o reconhecimento do trabalho exercido em regime de economia familiar apenas que o segurado demonstrasse que sua família atuava de forma conjunta para a própria subsistência dos seus membros, independentemente do recolhimento das contribuições respectivas, não havia a obrigação contributiva nem a indenizatória; b) o tempo de serviço prestado em regime de economia familiar, há de ser considerado como tempo de contribuição.” (TCU - Acórdão 44/2007 - Segunda Câmara Número Interno do Documento AC-0044-02/07-2 Grupo/Classe/Colegiado Grupo I / Classe I / Segunda Câmara Processo 855.942/1997-5, BENJAMIN ZYMLER Relator)

Na Justificação Judicial a autora apresentou forte início de prova material, a qual foi corroborada por prova testemunhal, tendo ficado comprovado o efetivo exercício da atividade rural em conjunto com seu marido. Não se olvide de que o início de prova documental corroborado por prova testemunhal é mais do que suficiente para demonstrar o efetivo exercício da atividade.

DA RECUSA DO INSS e INICIO PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL

De posse dos autos da Justificação Judicial, a qual já tinha sido acatada pelo TRT para fins de aposentadoria, diga-se, acatada pela Administração Pública, a impetrante requereu ao INSS a Certidão de Tempo de Serviço para fins de prova junto ao TCU temendo que sua aposentadoria não fosse registrada por conta do não recolhimento das contribuições devidas á época. Tal requerimento foi indeferido pelo INSS que, não só não acatou a Justificação Judicial, como também se negou a emitir guias para recolhimento indenizado das contribuições devidas no período compreendido entre 12 de agosto de 1971 e 16 de abril de 1975.

Ora, a Justificação Judicial instruída com início de prova documental, corroborado e complementado com prova testemunhal constitui prova cabal e incontestável do exercício da atividade rural. Não é outro o entendimento da nossa jurisprudência:

(LEX - JSTJ e TRF - Volume 83 - Página 559) APELAÇÃO CÍVEL N. 94.04.25795-8 – RS Quinta Turma (DJU, 28.02.1996) Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS Apelada: Isabel Hoffmann Rosa

EMENTA: - TEMPO DE SERVIÇO. PROVA. INDÍCIOS. TESTEMUNHAS. PREVIDENCIÁRIO.

Indícios, baseados em prova material, de exercício de atividade laboral, associados à robusta prova testemunhal são aptos a provar o tempo de serviço.

Extrai-se do v. aresto transcrito, precioso e elucidativo trecho do voto condutor da lavra do eminente Desembargador relator.

EXMO. SR. JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator): - A questão básica do presente recurso está relacionada com a prova do tempo de serviço referente ao período de agosto de 1961 a dezembro de 1973. A autora juntou certidão, fornecida pela Prefeitura de Guaíba/RS, de que esteve “cadastrada no ramo de vendedora ambulante” (fl. 18), certidão que, depois, foi substituída por outra em que se atesta que “esteve lotada nesta Prefeitura no ramo de enfermeira” (fl. 19). O fato de estar “cadastrada” ou “lotada” constitui, se sabe, apenas indício de exercício de atividade, mas não é comprovação definitiva disso. Não há,

ademais, comprovação de recolhimento de contribuições do período. Mas, a prova testemunhal, especialmente os depoimentos de Leontina de Oliveira Salgado e de Wanda Klemps Andriotti, confirmou que a autora residiu em Bom Retiro (Município de Guaíba), onde, por longos anos, atuou como enfermeira, inclusive realizando partos. Assim, voto pelo improvimento do recurso.

É esta, emérito julgador, a situação desses autos, pois na ausência de prova material em seu nome que ateste o pleno exercício de sua atividade rural no período de 12.08.1971 à 16.04.1975, notadamente pelo tempo decorrido e ainda pela situação de informalidade que regia a atividade, a impetrante faz prova cabal dessa relação jurídica através de depoimentos de testemunhas, o que vem complementar a prova material já trazida à colação, tornando-a, pois, idônea e plena.

Nesse sentido também é o entendimento do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. HARMONIA ENTRE RAZOÁVEL INICIO DE PROVA DOCUMENTAL E A PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIDOS A NATUREZA E O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO.

I- Existindo razoável início de prova documental em harmonia com a prova testemunhal coligada, acertada a conclusão de que o apelado prestou os serviços descritos nos períodos apontados.

II- Recurso desprovido. Sentença mantida. (TRF/3ª Região, AC n. 94.03.015080/SP, Rel. Salete Nascimento, 1ª turma, j. em 25.10.94).

E mais:

PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO.

I- A ação declaratória é meio processual hábil para afastar estado de incerteza de uma relação jurídica para fins de percepção de benefício previdenciário de órgão federal, havendo legítimo interesse da parte autora ver comprovado o tempo de serviço junto a previdência social. II - A prova testemunhal é meio legítimo à reconstrução de fatos pretéritos ao tempo de serviço para fins previdenciários, mas deve ser hábil e idônea, tanto mais e principalmente se existir razoável início de prova material sobre a testemunhal não tem ressonância em nosso ordenamento jurídico, consoante o artigo 332 do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada. Apelo improvido (TRF/3ª Região. AC. 95.03.063307-9/SP, Rel. Juiz SINVAL ANTUNES, DJU 16.01.96, p. 1.067.

Assim do entendimento conjunto dos artigos 131 e 332 do Estatuto Processual Civil, é perfeitamente tutelável no ordenamento a pretensão em causa. Logo, uma vez averbado tal período junto ao TRT da 1ª Região, o pedido não seria de reconhecimento ou prova do referido tempo rural, uma vez que este já havia sido reconhecido pelo TRT, mas ao contrário, cingia-se o pedido ao pagamento das contribuições devidas de forma indenizada na forma exigida pela farta jurisprudência do TCU.

Todavia, ao instruir o feito e julgar improcedente o pedido, a MMª julgadora monocrática caminhou no sentido de reproduzir a prova do exercício da atividade rural, prova esta já cabalmente realizada e demonstrada seja através da Justificação Judicial juntada aos autos, seja através do reconhecimento pelo TRT da 1ª Região, seja pelos fartos documentos juntados aos autos dando conta da participação da autora na produção rural em regime de economia familiar com seu marido.

Segundo posição assente no STJ a condição para a comprovação do exercício de atividade rural não exige que atividade seja encabeçada pela autora, bastando que faça prova do exercício em conjunto com parentes, no caso seu marido à época. Confira-se o STJ:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. DIMENSÃO DA PROPRIEDADE RURAL. NÃO-DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME. APOSENTADORIA POR IDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o tamanho da propriedade rural não é capaz de descaracterizar o regime de economia familiar do segurado, se preenchidos os demais requisitos necessários a sua configuração, quais sejam: ausência de empregados e a mútua dependência e colaboração da família no campo. 2. In casu, o tempo de serviço rural restou demonstrado, mediante início de prova material corroborada por prova testemunhal. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1042401 / DF DJ 16/02/2009. j. 16/12/2008).

Resta claro que os requisitos aptos à caracterização do serviço como rural são a ausência de empregados (o que restou demonstrado nos autos tanto por documentos quanto por depoimentos); a dependência (uma vez que autora era estudante e não exercia outra atividade remunerada) e a colaboração da família no campo. *In casu*, ficou demonstrado que impetrante laborava diariamente em auxílio ao seu marido, devidamente registrado como produtor rural. Alias restou reconhecido pela MMA. Magistrada que a propriedade era indubitavelmente PRODUTIVA. E, nessa produção havia, sem duvida, a colaboração familiar da autora, sem que necessariamente pegasse na enxada. Assim, há de se reconhecer que a atividade rural exercida por ambos em regime de economia familiar era essencial ao sustento da família. Ainda acerca da comprovação da atividade, tem assim entendido o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO LABORADO COMO RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. DOCUMENTOS EM NOME DOS PAIS DO AUTOR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. VALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE.

- Em se tratando de trabalhador rural, em razão das dificuldades de produzir provas no meio rural, verificar os elementos probatórios carreados aos autos não agride a Súmula 7 do STJ.

- O rol de documentos previsto no art. 106 da Lei n.º 8.213/91 não é *numerus clausus*, sendo possível utilizar-se de documentos em nome dos genitores do autor, com o propósito de suprir o requisito de início de prova material, desde que acrescido por prova testemunhal convincente.

- Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1073582 / SP. DJe 02/03/2009).

Como se vê o rol de documentos aptos a comprovar o exercício de atividade rural não é exaustivo, mas meramente exemplificativo de molde a permitir a demonstração pelo interessado de outras formas que lhe seja possível.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, demonstrado que a interessada, ciente da orientação jurisprudencial do TCU, já requereu ao INSS e a Justiça Federal o deferimento das contribuições de forma indenizada referente ao período de atividade rural e que tal pleito ainda se encontra pendente de julgamento junto a Turma Recursal do RJ, pugnou pelo SOBRESTAMENTO do processo de contas até que haja manifestação definitiva quanto ao recolhimento, o qual a interessada está apta a efetivar;

Subsidiariamente, requereu fosse aplicada a Sumula 74 daquela Corte no que tange ao aproveitamento do tempo de inatividade com contribuição para o PSS (desde 20/05/2004), a fim de suprir a lacuna deixada

pela exclusão do tempo de atividade rural, salientando que a interessada também verteu contribuições para o INSS na qualidade de ocupante de Cargo em Comissão no período de 15/10/1999 até 21/10/2001. Requereu ainda fosse levado em conta o tempo de aposentadoria da interessada (14/01/1999), e as sérias conseqüências negativas que o acatamento do Parecer da área técnica poderiam causar na vida da ex-servidora, com a cessação dos pagamentos de seus proventos, bem como eventual retorno a atividade.

REQUERIMENTOS

Com tais considerações e documentos adunados, pugna pelo deferimento dos seguintes requerimentos.

- A) A concessão liminar da tutela de urgência tendo em vista a presença dos requisitos autorizadores e o iminente risco de perecimento do Direito, para suspender o ato emanado do TCU até ulterior deliberação dessa Corte Suprema;
- B) seja colhido o judicioso e necessário parecer do *parquet*;
- C) a notificação da autoridade impetrada para prestar as informações no decêndio legal;
- D) seja dada ciência do feito a UNIÃO, ente da Administração Pública o qual integra a autoridade impetrada, através de sua representação judicial, para, querendo intervir; (art. 7º, II da Lei 12.016/2009);
- E) finalmente, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, NO SENTIDO DE DESCONSTITUIR O ATO EMANADO do TCU, determinando o registro da aposentadoria da impetrante, seja pelo decurso de tempo, seja pela aplicação da Sumula 74 daquela Corte, e subsidiariamente que se sobreste os efeitos do ato até pronunciamento final do Poder Judiciário sobre o pedido de recolhimento indenizado das contribuições relativas ao labor rural;
- F) seja oficiado ao TRT da 1ª Região do inteiro teor da decisão mandamental, para ciência e cumprimento, sob pena de ser fixada multa diária, no caso de descumprimento da ordem no prazo assinado, bem como desde já advertida a autoridade de que a recusa no cumprimento da ordem judicial constitui, em tese, crime de desobediência nos termos do artigo 26 da Lei 12.016/2009.

Dá a causa o valor de R\$ 10.000,00

Termos em que;

Pede Deferimento.

m) Mandado de Segurança para obtenção de Certidão junto a Órgão Público

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA ___ VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO.

JOSÉ LUIZ, espanhol, casado, residente na cidade de Madrid, Capital da Espanha, identidade brasileira de estrangeiros sob o nº, vem, por seu advogado “*in fine*” com escritório na rua México nº 70 sala 811, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (Com Pedido de Liminar)

em face de ato do Sr. Superintendente Regional do Instituto Nacional do Seguro Social, com endereço na rua pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

DA HIPÓTESE

O impetrante, no período de 1963 á 1967, residiu no Brasil, onde era proprietário da firma “-----” e durante o período em que aqui residiu, contribuiu como EMPREGADOR para o antigo IAPI – Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, órgão já extinto.

DOS FATOS

Com a extinção do aludido órgão e a fusão dos Institutos de Aposentadoria, o INSS que os sucedeu, assumiu todos os assentos e registros, sendo responsável, hoje, pelos direitos e obrigações oriundos daqueles institutos. Ocorre que, voltando para seus País natal, requereu lá, sua aposentadoria por tempo de serviço, sendo que para a comprovação desse tempo de serviço e de contribuição, necessita provar, junto ao Instituto de Previdência Espanhol, o tempo de contribuição aqui no Brasil. Sendo necessário para tal, CERTIDÃO expedida pelo INSS dando conta de que o impetrante realmente contribuiu para o IAPI naquele período.

Reside aí a razão do presente mandamus. Apesar de todos os documentos anexados, autenticados tanto mecanicamente à época, quanto em cartório com ínsita fé pública, fazerem prova de tais contribuições, recusa-se a autoridade impetrada a fornecer-lhe tal certidão, sem a qual não poderá aposentar-se.

DO DIREITO

A carta Política em seu inciso XXXIV do art. 5º assegura esse direito: “ART.5º,XXXIV- são a todos assegurados, independentemente de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito 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;

Assim, obstada pela autoridade a expedição de CERTIDÃO que comprove, oficialmente, o recolhimento das contribuições pelo impetrante, tal ato configura-se ilegal, deve ser reparado pela via mandamental, eis que flagrante a ilegalidade da não expedição de certidão, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “No Brasil, qualquer um nacional ou estrangeiro, pode representar a quem de direito, ou seja, superior ou, não o havendo, ao Parlamento, apontando abuso de autoridade. Esse abuso, deve ser entendido em sentido amplo: é qualquer ato ou omissão anormal, praticado ou tolerado por autoridade pública”.

E continua o autor:

“ Mais importante que a expedição de certidões seria prever a constituição a obrigatoriedade, sob severas sanções, da prática pela autoridade administrativa de determinados atos que, dentro de sua competência muitas vezes são retardados indefinidamente com grave prejuízo, para os interessados”.

Outro não é o entendimento dos Tribunais Federais acerca da matéria:

“ EMENTA: Constitucional. Administrativo. Expedição de certidões. O direito a certidão, para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações, é garantia constitucional prevista tanto no art. 153, § 3º da Constituição de 1967, como no art. 5º, XXXIV, b da constituição de 1988. Remessa oficial, improvida” (TFR. REO 11345/MA Rel. , Min. Carlos Thibau. 1ª Turma, 24/2/89, DJ 1 de 10/04/89)

“EMENTA: Constitucional, remessa oficial em mandado de segurança, direito de obtenção de certidão perante órgãos públicos, concessão de ordem.

I- A qualquer pessoa é assegurado o direito á obtenção de certidão perante os órgãos públicos, porquanto a Administração está obrigada constitucionalmente a expedir certidão quando solicitada, nos termos do que preceitua o art. 5º XXXIV, b da Carta Magna vigente. II- A emissão de certidão não comporta qualquer decisão administrativa quanto emanação ou não do ato administrativo respectivo. III- O conteúdo da certidão, de outro lado não pode ser outro senão a indicação da existência ou não do ato ou fato objetivado e o exato modo como exige, constante dos registros administrativos. IV- Remessa oficial improvida (TRF – 3ª Região, REO 94.03.070235/SP. Rel., Juiz Sinval Antunes. 1ª Turma. Decisão 26/9/95, DJ 2 de 31/10/95, p. 74.958).

Como se vê, a de expedição de certidões constitui um direito garantido na Carta Magna, a qualquer cidadão, não se sujeitando, portanto, á vontade do administrador, porquanto não configura ato discricionário, diante da garantia constitucional. Não bastasse, para a plausibilidade do direito a exposição constitucional dos fatos, deve-se reportar ainda a legislação civil, que, segundo o Art. 941 do Código Civil Brasileiro:

“ Recusando o credor a quitação, ou não a dando na devida forma (Art. 940), pode o devedor citá-lo para esse fim, e ficará quitado, pela sentença que condenar o credor”.

À luz do art. 1092 do Código Civil, o impetrante, nesta relação bilateral de obrigações, cumpriu integralmente com sua obrigação, conforme fazem prova os comprovantes anexos. Razão pela qual exige, através da presente prestação jurisdicional, o implemento da obrigação da Administração Publica, considerando que a obrigação encontra-se concluída e satisfeita, pelo impetrante, cabendo agora ao INSS cumprir a sua, expedindo a certidão que comprove o tempo de contribuição.

CONCLUSÃO

Pela análise de todos os documentos e comprovantes de recolhimento anexos e ainda a prova da exigência pelo Instituto de Previdência da Espanha, de tal comprovação, e estando preenchidos os requisitos autorizadores, requer o impetrante:

- a) A concessão da MEDIDA LIMINAR, determinando a autoridade coatora que expeça, incontinenti, CERTIDÃO quanto ao tempo de contribuição comprovado pelo impetrante, a fim de que possa fazer prova de sua situação em seus país de origem;b)
- b) Sejam solicitadas as informações no decêndio legal;

- c) Após, a manifestação do representante do *parquet* federal, a CONCESSÃO DA SEGURANÇA, para, confirmando a liminar, garantir o direito constitucional do impetrante, lesado pela A. impetrada.

N. Termos
Pede Deferimento.

n) Modelo de Mandado de Segurança por Omissão

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

MÁRIO, brasileiro, casado, residente na vem, por seu advogado ao final, com escritório na rua xxxx onde receberá intimações, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (com pedido de liminar)

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

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

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 TEMPO⁹⁵. 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.

Todavia, à vista da mais pacífica orientação pretoriana, segundo a qual, a aposentadoria estatutária recebida por servidor público REVESTE-SE DE NATUREZA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO⁹⁶, faz jus o impetrante á 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

Diante disso, em 27/08/20902, o impetrante requereu administrativamente a concessão da pensão especial correspondente a de um segundo tenente. Todavia, desde 27/08/2002 o impetrante aguarda uma resposta ao seu requerimento, sem êxito. Clara está a omissão administrativa de molde a ensejar o *writ*, uma vez que não pode o administrado aguardar infinitamente uma decisão administrativa.

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

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

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)*"⁹⁷ ;

⁹⁵ Art. 10 da Lei 8.059/90 c/c art. 53, II, ADCT.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

11. Na mesma esteira, é a dicção da súmula nº 09 do TRF da 3ª 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 quo.

DO DIREITO

Abraçando a orientação do STF, também o Tribunal de Contas da União decidiu pela legalidade da acumulação, através da decisão 353/2000, 1ª Câmara⁹⁸, em foi que foi relator o sr. Ministro Guilherme Palmeira. 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 alvitrado 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;

b) sejam requisitadas as informação 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;

d) a condenação a pagar os efeitos financeiros da implantação retroativamente a data da impetração.

Dá-se a causa o valor de R\$ 3.000,00

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

⁹⁸ 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.

12. Quadro Comparativo

MANDADO DE SEGURANÇA - LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.

| LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. | LEGISLAÇÃO ANTERIOR |
|--|--|
| Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por <i>habeas corpus</i> ou <i>habeas data</i> , 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. | Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por <i>habeas corpus</i> , sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém 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. (Lei nº 1.533/51) |
| § 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. | § 1º Consideram-se autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções. (Lei nº 1.533/51) |
| § 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. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| § 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança. | § 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança. (Lei nº 1.533/51) |
| Art. 2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada. | Art. 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 Federal ou pelas entidades autárquicas federais. (Lei nº 1.533/51) |
| 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. | 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. (Lei nº 1.533/51) |
| Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| 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. | Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta Lei, impetrar mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação à autoridade coatora. (Lei nº 1.533/51) |
| § 2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| § 3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de | Sem correspondente na legislação anterior. |

| | |
|---|--|
| Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. | |
| Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: | Art. 5º Não se dará mandado de segurança quando se tratar: (Lei nº 1.533/51) |
| I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; | I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; (Lei nº 1.533/51) |
| II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo ; | II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; (Lei nº 1.533/51) |
| III - de decisão judicial transitada em julgado. Parágrafo único. (VETADO) | Sem correspondente na legislação anterior. Súmula 268/STF: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado. |
| Sem correspondente na legislação atual. | III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. (Lei nº 1.533/51) |
| 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. | Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 158 e 159 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos por cópia, na segunda. (Lei nº 1.533/51) |
| § 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. | Parágrafo único. 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, 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. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (Lei nº 1.533/51) |
| § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. § 4º (VETADO) | Sem correspondente na legislação anterior. |
| § 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| § 6º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito. | Art. 16. O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito. (Lei nº 1.533/51) |
| Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: | Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (Lei nº 1.533/51) |

| | |
|--|---|
| <p>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;</p> | <p>I - que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 15 (quinze) dias, preste as informações que achar necessárias;</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> <p>Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:</p> <p>a) é de 10 (dez) dias o prazo para a prestação de informações de autoridade apontada como coatora (vetado);</p> <p>(Lei nº 4.348/64)</p> |
| <p>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;</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>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.</p> | <p>II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>§ 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.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>§ 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.</p> | <p>Art. 5º. Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.</p> <p>(Lei nº 4.348/64)</p> <p>Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.</p> <p>(CTN)</p> |
| <p>Sem correspondente na legislação atual.</p> | <p>Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.</p> <p>(Lei nº 4.348/64)</p> |
| <p>§ 3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.</p> | <p>Art. 1º. Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:</p> <p>(...)</p> <p>b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por 30 (trinta) dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.</p> <p>(Lei nº 4.348/64)</p> |
| <p>§ 4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>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 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.</p> | |
| <p>Art. 8º Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.</p> | <p>Art. 2º Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover, por mais de 3 (três) dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de 20 (vinte) dias.</p> <p>(Lei nº 4.348/64)</p> |
| <p>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.</p> | <p>Art. 3º. Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.</p> <p>(Lei nº 4.348/64)</p> |
| <p>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.</p> | <p>Art. 7º. A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta Lei.</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>§ 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.</p> | <p>Parágrafo único. De despacho de indeferimento caberá o recurso previsto no art. 12.</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>§ 2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>Art. 11. Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º desta Lei, a comprovação da remessa.</p> | <p>Art. 9º. Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópias autênticas do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da entrega a este ou da sua recusa em aceitá-lo ou dar recibo.</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>Art. 12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.</p> <p>Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.</p> | <p>Art. 10. Findo o prazo a que se refere o inciso I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro de 5 (cinco) dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham ou não sido prestadas as informações da autoridade coatora.</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>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.</p> | <p>Art. 11. Julgado procedente o pedido, o juiz transmitirá em ofício, por mão do oficial do juízo ou pelo correio, mediante registro com recibo de volta, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o petionário, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora.</p> <p>(Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |

| | |
|--|---|
| Sem correspondente na legislação atual. | Parágrafo único. Os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados à agência expedidora com a firma do juiz devidamente reconhecida. (Lei nº 1.533/51) |
| Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. | Art. 12. Da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação. (Lei nº 1.533/51) |
| § 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. | Parágrafo único. <u>A sentença que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.</u> (Lei nº 1.533/51) |
| § 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, <u>salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.</u> | Parágrafo único. <u>A sentença que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.</u> (Lei nº 1.533/51) |
| § 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. | Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. § 1º - VETADO (Lei nº 5.021/66) |
| Sem correspondente na legislação atual. | § 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor. (Lei nº 5.021/66) |
| Sem correspondente na legislação atual. | § 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal. (Lei nº 5.021/66) |
| Sem correspondente na legislação atual. | § 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias. (Lei nº 5.021/66) |
| Sem correspondente na legislação atual. | Art. 2º A autoridade administrativa ou judiciária que ordenar a execução de pagamento com violação das normas constantes do artigo anterior incorrerá nas sanções do art. 315 do Código Penal e pena acessória correspondente. (Lei nº 5.021/66) |
| Sem correspondente na legislação atual. | Art. 3º A autoridade que deixar de cumprir o disposto no § 2º do art. 1º incorrerá nas sanções do art. 317, § 2º do Código Penal e pena acessória correspondente. (Lei nº 5.021/66) |

| | |
|--|--|
| Sem correspondente na legislação atual. | Art . 4º Para os efeitos da presente lei, aplica-se às autarquias o procedimento disposto no art. 204 e seu parágrafo único da Constituição Federal. (Lei nº 5.021/66) |
| Sem correspondente na legislação atual. | Art. 13. Quando o mandado for concedido e o presidente do tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o tribunal a que presida. (Lei nº 1.533/51) |
| 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. | Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada 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 <i>(vetado)</i> suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato. (Lei nº 4.348/64) |
| § 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. | § 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Lei nº 4.348/64) |
| § 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. | §2º Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992. (Lei nº 4.348/64) |
| § 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. | Lei nº 8.437/92: Art. 4º (...) |
| § 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 É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. |
| § 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. | § 6º A interposição do 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. § 7º 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. § 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. |
| Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento. | Art. 14. Nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais caberá ao relator a instrução do processo. (Lei nº 1.533/51) |
| Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre. | Sem correspondente na legislação anterior. |

| | |
|--|--|
| <p>Art. 17. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>Art. 18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.</p> | <p>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. (Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo <i>habeas corpus</i>. § 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.</p> | <p>Art. 17. Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo <i>habeas corpus</i>. Na instância superior deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator. (Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.</p> | <p>Parágrafo único. O prazo para a conclusão não poderá exceder de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da distribuição. (Lei nº 1.533/51)</p> |
| <p>Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior. Súmula 629/STF: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.</p> |
| <p>Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior. Súmula 630/STF: A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.</p> |
| <p>Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |
| <p>§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência</p> | <p>Sem correspondente na legislação anterior.</p> |

| | |
|--|--|
| comprovada da impetração da segurança coletiva. | |
| § 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. | Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. (Lei nº 1.533/51) |
| Art. 24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. | Art. 19. Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio. (Lei nº 1.533/51) |
| Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé. | Sem correspondente na legislação anterior. Súmula 294/STF: São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança. Súmula 597/STF: Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação. Súmula 169/STJ: São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança. 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. |
| 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. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| Art. 27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação. | Sem correspondente na legislação anterior. |
| Sem correspondente na legislação atual. | Art. 7º. O recurso voluntário ou <i>ex officio</i> , interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. (Lei nº 4.348/64) |
| Sem correspondente na legislação atual. | Art. 8º. Aos magistrados, funcionários da Administração Pública e aos serventuários da Justiça que descumprirem os prazos mencionados nesta Lei aplicam-se as sanções do Código de Processo Civil e do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952). (Lei nº 4.348/64) |
| Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. | N/A |
| Art. 29. Revogam-se as Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de | N/A |

Súmulas sobre Mandado de Segurança

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 101** -- O mandado de segurança não substitui a ação popular.
- 248** -- É competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal para mandado de Segurança contra ato do Tribunal de Contas da União.
- 266** -- Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.
- 267** -- Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.
- 268** -- Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.
- 269** -- O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.
- 270** -- Não cabe mandado de segurança para impugnar enquadramento da Lei 3.780, de 12-7-60, que envolva exame de prova ou de situação funcional complexa.
- 271** -- Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.
- 272** -- Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.
- 294** -- São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança.
- 299** -- O recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo de mandado de segurança, ou de habeas-corpus, serão julgados conjuntamente pelo Tribunal Pleno.
- 304** -- Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.
- 319** -- O prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em habeas corpus ou mandado de segurança, é de cinco dias.
- 330** -- O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados.

405 -- Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

429 -- A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

433 -- É competente o Tribunal Regional do Trabalho para julgar mandado de segurança contra ato de seu presidente em execução de sentença trabalhista.

474 -- Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

506 -- O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26-6-64, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança, não do que a denega.

510 -- Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

511 -- Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º.

512 -- Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

597 -- Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação.

622 - Não Cabe Agravo Regimental Contra Decisão Do Relator Que Concede Ou Indefere Liminar Em Mandado De Segurança.

623 - Não gera por si só a competência originária do supremo tribunal federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, i, n, da constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros.

624 - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais.

625 - Controvérsia Sobre Matéria De Direito Não Impede Concessão De Mandado De Segurança.

626 - 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.

627 - No Mandado De Segurança Contra A Nomeação De Magistrado Da Competência Do Presidente Da República, Este É Considerado Autoridade Coatora, Ainda Que O Fundamento Da Impetração Seja Nulidade Ocorrida Em Fase Anterior Do Procedimento.

629 - A Impetração De Mandado De Segurança Coletivo Por Entidade De Classe Em Favor Dos Associados Independe Da Autorização Destes.

630 - A Entidade De Classe Tem Legitimação Para O Mandado De Segurança Ainda Quando A Pretensão Veiculada Interesse Apenas A Uma Parte Da Respectiva Categoria.

631 - Extingue-Se O Processo De Mandado De Segurança Se O Impetrante Não Promove, No Prazo Assinado, A Citação Do Litisconsorte Passivo Necessário.

632 - É Constitucional Lei Que Fixa O Prazo De Decadência Para A Impetração De Mandado De Segurança.

701 - No Mandado De Segurança Impetrado Pelo Ministério Público Contra Decisão Proferida Em Processo Penal, É Obrigatória A Citação Do Réu Como Litisconsorte Passivo.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

41 - O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos Respectivos órgãos.

105 - Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

169 - São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

177 - O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por ministro de Estado.

213 - O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

217 - Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.

LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.

Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

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

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

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

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. (VETADO)

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

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

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

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

§ 4º (VETADO)

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

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

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

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

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.

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 notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

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

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

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

Art. 11. Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º desta Lei, a comprovação da remessa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

Art. 17. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

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

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

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

Art. 27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 29. Revogam-se as Leis nºs 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel. Manual da Legitimidade Passiva no Mandado de Segurança. 1ª Edição, Águia Dourada, 2009;

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 2009;

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Renovar, 2002;

_____. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 09 – março/abril/maio 2007;

BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, 3ª edição; Livraria Francisco Alves, 1928;

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. Malheiros. 2003;

_____. Ciência Política. Forense. 1989;

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social. Malheiros, 1996;

BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança. 2ª Edição, Saraiva, 2004;

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 3ª Edição. Lúmen Júris, 2001;

CÂNDIDO, Joel J.. Direito Eleitoral Brasileiro, 13ª edição, Edipro, 2008;

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 26ª edição, Saraiva, 2001;

CARVALHO, José Murilo. A Cidadania no Brasil – O Longo Caminho. Editora Civilização Brasileira. 2005;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Lúmen Júris, 2007;

DANTAS, Ivo. Direito adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade, 2ª edição, Lúmen Júris, 1997;

DENARI, Zelmo e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6ª edição, Forense Universitária, 2000;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Atlas, 2007;

FACCI, Lúcio Picanço. Mandado de Segurança contra Atos Jurisdicionais. 1ª Edição. Feitas Bastos Editora, 2004;

FRIEDE, Roy Reis. Lições Objetivas de Direito Constitucional, Saraiva, 1999;

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Almedina, 1999;

GREGO FILHO, Vicente. O Novo Mandado de Segurança. 1ª edição, Saraiva, 2010;

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Saraiva, 2009;

JÚNIOR, José Cretella. Comentários à Lei do Mandado de Segurança, Forense, 9ª edição;

LEAL, Vítor Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto. Editora Alfa Ômega. 3ª Edição. 1976;

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Segurança-Direito Liquido e Certo, artigo publicado na Revista do STJ Edição Comemorativa 10 anos;

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. Malheiros, 17ª edição, 1996;

_____ Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros, 32ª edição, 2006;

NASCIMENTO FILHO, Firly. Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil. *In*: Os Princípios da Constituição de 1988. Lúmen Juris, 2001;

NEGRÃO, Theotônio; Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Malheiros, 24ª edição;

PESTANA, Marcio. Direito Administrativo Brasileiro. 2ª edição. Campus Jurídico, 2010;

REMÉDIO, José Antônio. O Mandado de Segurança na Jurisprudência. Saraiva;

ROCHA, Francisco César Asfor. Honorários Advocatícios em Mandado de Segurança, revista do STJ. Edição Comemorativa 10 anos;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, 22ª edição, Leud, 2005;

_____ Curso de Direito Processual Civil, 39ª edição, Forense, 2006;

ZAVASCKI. Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2ª Edição. Saraiva, 1999;