

REVISTA DA

ANO II · NÚMERO 6 · MAI/JUN 2021

# ADVOCACIA

## DE RONDÔNIA

Órgão de Comunicação da  
Classe Advocatícia Rondoniense



**MANDADO DE SEGURANÇA**

REVISTA DA

# ADVOCACIA

DE RONDÔNIA

ANO II • NÚMERO 6 • MAI/JUN 2021

---

## REVISTA DA ADVOCACIA DE RONDÔNIA

ISSN 2676-0282

Conselho Editorial

ZÊNIA CERNOV - Presidente

ORESTES MUNIZ - Vice-Presidente

ABEL SIDNEY - Editor

HÉLIO VIEIRA DA COSTA - Membro

MARIA DE LOURDES DE LIMA CARDOSO - Membro

Coordenação: Zênia Cernov

Revisão: Abel Sidney

Capa e Diagramação: Rogério Mota

Editora Responsável: Temática Editora

Administração:

Rua Quintino Bocaiúva, 1268, bairro Olaria

76801-250 Porto Velho-RO



[www.revista.adv.br](http://www.revista.adv.br)



[revista.adv.ro@gmail.com](mailto:revista.adv.ro@gmail.com)

Impressão:

Rondoforms Indústria Gráfica Ltda.

A Revista da Advocacia de Rondônia não se responsabiliza pelos conceitos e opiniões emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou em parte, de suas matérias, é admitida desde que citada a fonte.



# SUMÁRIO

- 5 Mensagem da Coordenadora**  
Zênia Cernov
- 9 Considerações gerais sobre o mandado de segurança preventivo**  
Milena Monticelli Wydra
- 14 O(in)cabimento do mandado de segurança nas ações em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos pelos entes públicos (União, Estados e Municípios)**  
Márcia Helena Firmino
- 19 Breves considerações acerca da decisão do STF na ADI 4403/DF: a quem incumbe a subscrição de recurso em nome da autoridade coatora**  
Danilo Sigarini
- 25 A figura do mandado de segurança contra atos nos Juizados Especiais Cíveis**  
Thaysa Silva de Oliveira
- 30 Honorários de sucumbência em mandado de segurança no novo Código de Processo Civil**  
Keila Maria da Silva Oliveira  
Airisnete Figueiredo de Araújo Silva
- 37 Mandado de segurança individual e as decisões interlocutórias no processo do trabalho**  
Leonardo Henrique Berkembrock
- 43 Mandado de segurança – efeitos financeiros e submissão ao regime de precatórios contra ato de redução de vantagem de servidor público**  
Marianne Almeida e Vieira de Freitas Pereira
- 47 Mandado de segurança coletivo: a legitimidade extraordinária sindical como instrumento de efetivação de direitos fundamentais**  
Everton Alexandre Reis  
Lucas Brandalise Machado  
Márcia Yumi Mitsutake
- 53 O mandado de segurança como ação autônoma impugnativa: a decisão irrecorrível**  
Vinicius Silva Lemos
- 59 O mandado de segurança como controle jurisdicional do ato administrativo**  
Denise Cruz Rocha  
Valnei Cruz Rocha
- 65 Mandado de segurança como ferramenta de nivelamento processual**  
• Moisés Almeida Góes  
• Vinicius de Almeida Alves
- 69 O mandado de segurança como instrumento garantidor em tempos de pandemia**  
• Bruno Eduardo Marcolino da Silva  
• Josiane da Silva Vasconcelos  
• Matheus Alonson de Castro Inácio
- 73 O mandado de segurança como remédio processual adequado para assegurar o direito de a gestante remarcar o teste de aptidão física em concursos públicos**  
Catiane Malta
- 77 O mandado de segurança e a tutela do direito à saúde**  
Renata Demito Mariano
- 83 O mandado de segurança e o direito de uma chance na vacinação contra a Covid-19**  
• Ederson Hassegawa Moscoso Rohr  
• Welinton Rodrigues de Souza  
• Marcelo Maldonado Rodrigues
- 88 Mandado de segurança em medidas atípicas na execução**  
Alan Rogério Ferreira Riça
- 95 Substituição processual no mandado de segurança: legitimidade ativa extraordinária**  
Sandra Maria Feliciano da Silva
- 100 A utilização do mandado de segurança nas licitações de obras e a necessidade de ‘modulação dos efeitos’ nas decisões**  
• César Augusto Wanderley Oliveira  
• Talita Mônica de Oliveira



## Mensagem da Coordenadora

**Zênica Cernov**

Advogada nas áreas trabalhista e administrativa. Autora dos livros *Greve de Servidores Públicos* (LTr, 2011), *Estatuto da OAB, Regulamento Geral e Código de Ética interpretados* (LTr, 2016) e *Honorários Advocaticios* (LTr, 2019). Membro da Academia Rondoniense de Letras, Ciências e Artes.

## **A recente declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Mandado de Segurança**

Num país onde o Poder Judiciário sempre foi reconhecidamente lento, no qual as ilegalidades cometidas pelo Poder Público são uma constante vergonhosa, no qual os governantes confundem interesse próprio ou de grupos políticos com interesse público, e no qual o arbítrio tenebroso impera, não era inesperado que a Justiça necessitasse de um instrumento processual diferenciado, que não poderia esperar o desfecho das ações comuns.

É inequívoco que, ao lado do *Habeas Corpus*, o mandado de segurança é dos mais importantes institutos processuais do Brasil. É a salvaguarda dos direitos individuais e coletivos, contra todas as formas de abuso e ilegalidade praticados pelo poder público, em todas as suas esferas.

A figura do mandado de segurança foi criada em nosso país com a Constituição de 1934. Antes dela, o saudoso jurista Ruy Barbosa havia construído uma doutrina no sentido de que o Habeas Corpus poderia ser utilizado para a mesma finalidade, conhecida como “Doutrina brasileira do *Habeas Corpus*” que voltava-se à defesa da tese de que, haja vista que a Constituição de 1891 não delimitava exatamente a qual tipo de liberdade visava aquele remédio constitucional<sup>1</sup>, poderia ser utilizado sempre que o indivíduo estivesse sofrendo coação por qualquer forma de ilegalidade ou abuso de poder.

A primeira Lei a reger o instituto em nosso país foi a Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936. No entanto, a Constituição de 1937 não tratou do mandado de segurança, retirando-o da previsão constitucional, o que, na época, ensejou diversas dúvidas sobre sua suposta extinção do ordenamento jurídico, sob alegação de que a Lei não teria sido recepcionada pela nova Carta Constitucional. E, para evitar dúvidas a respeito, o Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937 dispôs expressamente que “continua em vigor o remédio do mandado de segurança”. O Código de Processo Civil de 1939 também se dispôs a reger a matéria, relacionando-o entre os processos especiais.

Seguiu-se que a Constituição de 1946 restabeleceu-lhe a qualidade de garantia constitucional, o que se manteve em todas as Cartas posteriores. A Constituição de 1988, que

<sup>1</sup> Art. 72, § 22 - Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

inseriu em seu bojo uma grande amplitude de direitos sociais e ampliou a força da representatividade dos interesses coletivos, constitucionalizou a figura do mandado de segurança coletivo.

Atualmente, o mandado de segurança é regido pela Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Referida lei veio no intuito de atualizar a antiga Lei n. 1.533/51 que vinha gerando toda uma babelônia de interpretações divergentes em nossos Tribunais, em temas como a contagem do prazo para impetração, foro privilegiado, efeitos financeiros, conceito de direito líquido e certo e outras teses.

Conforme bem ressaltaram Fernanda Medina Pantoja e Diogo Rezende de Almeida<sup>2</sup>: “o texto consolidou a jurisprudência cristalizada dos tribunais, bem como unificou as diversas normas existentes sobre a matéria, dispersas tanto na legislação extravagante que se seguiu à Lei n. 1.533/51, quanto na própria Constituição Federal de 1988”.

No entanto, referida lei repetiu alguns equívocos que já a precediam, e um deles foi vedar a concessão de liminar nos seguintes casos: a) compensação de créditos tributários; b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; d) concessão de aumento, extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza em favor de servidores públicos. Tais vedações estão contidas no art. 7º, § 2º da Lei<sup>3</sup>.

Outro equívoco foi vedar genericamente a concessão de liminar independentemente da oitiva da parte contrária, em qualquer hipótese de mandado de segurança coletivo, determinando que seja sempre ouvido o representante da pessoa jurídica envolvida, no prazo de 72 horas, antes de decidir sobre o pedido de liminar (art. 22 § 2º)<sup>4</sup>.

Esses dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADIn n. 4296. De fato, o acesso ao Poder Judiciário é garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que já seria suficiente para a exata compreensão de que a lei do mandado de segurança jamais poderia retirar daquele que decide o pedido de liminar, a apreciação da presença – ou não – dos seus requisitos (a verossimilhança do direito e o perigo na demora).

Ainda que o juiz possa, eventualmente, postergar a apreciação da liminar para após a oitiva da parte contrária, certo é que há situações na qual estão presentes esses requisitos e a medida liminar é medida que se impõe. A livre apreciação do magistrado quanto a esses elementos não pode lhe ser extirpada.

<sup>2</sup> **A recentíssima Lei do Mandado de Segurança: alguma novidade?** Disponível em: [www.oabRJ.org.br/tribuna/fim-humilhacao-forum/recentissima-lei-mandado-seguranca-alguma-novidade](http://www.oabRJ.org.br/tribuna/fim-humilhacao-forum/recentissima-lei-mandado-seguranca-alguma-novidade).

<sup>3</sup> “Art. 7º. § 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.”

<sup>4</sup> “§ 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.”

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a este tema. Ao apreciar o mérito da ADIn n. 4296 em sessão plenária do dia 9 de junho de 2021, a Corte declarou a inconstitucionalidade dos dois dispositivos supra apontados. O voto condutor é do Ministro Alexandre de Moraes, que instaurou a divergência pela procedência parcial da Ação Direta. De acordo com o Ministro, “essas disposições restringem o poder geral de cautela do magistrado e, portanto, são incompatíveis com a Constituição Federal de 1988”.

A decisão atinge diversos setores da Advocacia que vinham tendo os direitos de seus clientes preteridos pelos dispositivos constitucionais.

O advogado José Henrique Guaracy<sup>5</sup>, sócio da Coimbra & Chaves Advogados, especializados em Direito Tributário e Aduaneiro, afirmou que:

A restrição à concessão de liminar prevista pelo dispositivo carecia de fundamentos e desnaturava o mandado de segurança, que tem o objetivo de impedir qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos líquidos e certos. Se o contribuinte tem todos os elementos para comprovar o seu direito e o valor do crédito a ser recuperado, não há razão para se vedar a compensação com autorização judicial para tanto, ainda que em sede de liminar”. Ressalta, contudo, que também deve ser considerada a previsão do art. 170-A do CTN que obsta a compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial. “De fato, ainda há dispositivo no Código Tributário Nacional que veda a compensação crédito tributário que seja objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. A conciliação desse dispositivo com o novo julgado do STF é um tema que ainda deve levantar controvérsias. Não obstante, naqueles casos em que o direito à recuperação já houver sido reconhecido por decisão transitada em julgado e o Fisco impuser algum obstáculo à compensação posterior, esperamos que o entendimento do STF na ADI 4296 possa ser aplicado sem maiores conflitos”.

Consideramos essa decisão um avanço também na área dos servidores públicos. A proibição de liminares, por muitas vezes, posterga indevidamente direito líquido, certo e que envolvem parcelas alimentares, causando um prejuízo irreparável aos servidores. Com o passar do tempo, esses valores se acumulam em prejuízo ao próprio poder público.

O Brasil convive com um sistema de Precatórios que se amontoam em filas intermináveis e que perduram, por muitas vezes, mais de vinte anos sem pagamento. Uma grande parte destes – os alimentares – poderiam ter sido evitados se uma liminar, ou ao menos um efeito imediato da sentença de primeiro grau, tivesse reinserido em folha de pagamento as parcelas que lhe constituíam objeto.

<sup>5</sup> STF declara a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei do Mandado de Segurança. Disponível em: <https://coimbrachaves.com.br/stf-declarou-a-inconstitucionalidade-de-dispositivos-da-lei-do-mandado-de-seguranca/>



Muito embora o magistrado não deva – é claro – antecipar situações nas quais a pretensão é incerta, embora lhe pareça suficientemente razoável, por vezes se depara com o inverso: uma violação tão evidente que deixá-la sobreviver por mais tempo é dar amparo ao abuso de poder.

Já nos deparamos com situações esdrúxulas como um caso no qual um prefeito editou um “Decreto-Lei” (sim, aquele Decreto-Lei da época do regime militar e que já foi extinto desde a Constituição de 1988) extinguindo uma gratificação prevista em lei municipal, retirando-a da folha de pagamento e reduzindo a remuneração dos servidores beneficiários da vantagem. Uma situação como essa preenche todos os requisitos para a concessão imediata de uma liminar, em mandado de segurança coletivo.

Assim, acertadamente o Supremo Tribunal Federal extirpou do mundo jurídico os dispositivos limitativos à concessão de liminares em situações nas quais ela comumente se faz necessária. Um avanço.

Outros avanços ainda são necessários, pois a nossa Lei do Mandado de Segurança ainda precisa de evoluir em vários outros pontos. Podemos citar alguns deles: a) É necessário que a legislação disponha de modo expreso que, em termos de remuneração de servidores públicos, as parcelas inseridas no contexto do mandado de segurança não estão sujeitas a precatório, entendimento que já é majoritário no Superior Tribunal de Justiça (AgRg no MS 17.499/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/4/2013; AgRg no REsp 1.313.474/RN, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 05/03/2015; AgRg no AREsp 188.553/BA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 08/11/2013); b) Deve-se ultrapassar a equivocada ideia de que, em mandado de segurança, não devem ser fixados honorários de sucumbência. Esse entendimento vem do período no qual a pessoa jurídica de direito público a que se acha vinculada a autoridade impetrada não integrava a relação processual e, portanto, a própria autoridade iria responder, pessoalmente, com esses honorários. Esse sistema não mais vigora, e é a pessoa jurídica que responderá por essa parcela. O STJ já admite os honorários no cumprimento de sentença de mandado de segurança coletivo (AgRg no AREsp 48.204/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23/11/2011; AgInt no AREsp 1236023/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 09/08/2018), não sendo muito lógico que continue a negar essa parcela na sua fase de conhecimento.

Aos 87 anos, o mandado de segurança continua a ser a grande salvaguarda dos direitos individuais e fundamentais na luta contra os excessos daqueles que exercem o poder, e a *Revista da Advocacia de Rondônia* não poderia deixar de lembrar esse instituto.

# C

## onsiderações gerais sobre o mandado de segurança preventivo



EXPERT NO TEMA

### Milena Monticelli Wydra

Advogada Sócia - Owner do Wydra Advogados Associados. Consultora e Palestrante, fundadora do escritório, advogada visitante em Paris com curso da École de Formation du Barreau de Paris - Ordem dos Advogados da França - ênfase em Direito Internacional e Direito Europeu (2009/2010), integrante desde 2010 da Lista de Árbitros Internacionais da Câmara de Arbitragem Internacional de Paris (Chambre Arbitrale Internationale de Paris - CAIP), advogada visitante em Roma (*avvocato ospite* em 2005), pós-graduada em Direito Constitucional e Empresarial, Civil - Contratos e Processo Civil. Faz parte do IBREI (embaixadora institucional da França) e é Coordenadora do Comitê Jurídico da OBME. Colunista do Portal do Andreoli e da Revista do Villa. Apresentadora do programa Entenda seus direitos, na TV Channel Network no YouTube. Fluente em francês, italiano e Inglês. É membro da atual Comissão Especial de Relações Internacionais da OAB/SP. Atuou como Orientadora Adjunta da Coordenadoria de Relações Internacionais do Núcleo de Desenvolvimento Acadêmico do Jovem Advogado da OAB/SP (2008); Advogada Supervisora - Convênio OAB/CIEE (ORIJURI - 2008), Membro Consultor da Comissão de Defesa dos Direitos do Idoso da OAB/SP (2009), Membro da Comissão da Mulher Advogada OAB/SP (2010-2012), autora de obras e artigos jurídicos.

O mandado de segurança, sendo remédio constitucional, está previsto no inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, CRFB/88, na Lei n. 12.016/2009 e, igualmente, no novo Código de Processo Civil.

Conforme será visto, o mandado de segurança é garantia fundamental e pela sua natureza visa a proteger de forma preventiva ou repressiva os danos causados aos direitos fundamentais.

Por definição, temos que se trata de uma ação constitucional de viés civil, independente da natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, jurisdicional, criminal, eleitoral ou trabalhista. Possui por escopo a proteção de direitos líquidos e certos contra ato de autoridade ou de quem exerça funções públicas.

O *caput* do artigo 1º da Lei n. 12.016/2009 prevê as hipóteses de cabimento do mandado de segurança. *In verbis*:

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.

O direito líquido e certo pode ser compreendido aquele que não exige dilação probatória para ser comprovado, podendo ser demonstrado de plano, mediante prova pré-constituída. Assim, trata-se de direito perfeitamente determinado, podendo ser exercido prontamente, uma vez que é incontestável.

Assim, o direito líquido e certo é um direito indiscutível, oriundo de fatos que podem ser demonstrados através da apresentação de documentos inequívocos, sem necessidade de comprovação posterior (dilação probatória). Logicamente que essa documentação inequívoca precisa acompanhar a exordial, em razão do princípio da celeridade estar presente no mandado de segurança, ressalvada a exceção trazida pelo artigo 6º, § 10 da referida Lei.

Outro requisito imposto para o cabimento do mandado de segurança pelo artigo 1º é que este seja impetrado para impugnar prática de ato ou omissão por parte da autoridade que esteja eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Ressalte-se que o mandado de segurança também terá cabimento no caso de ação ou omissão praticada por particular no exercício de função pública, em decorrência de delegação.

O caput do artigo 1º da Lei n. 12.016/2009 prevê, ainda, que o mandado de segurança poderá ser impetrado antes ou depois da prática do ato ou omissão da autoridade que se pretende impugnar. Sendo antes da prática do ato ou omissão, utiliza-se o chamado mandado de segurança preventivo, objeto deste

artigo, o que exige a comprovação imediata de risco objetivo e fundado sobre a ilegalidade ou abuso de direito, que esteja na iminência de ocorrer.

Logo, temos que o mandado de segurança **preventivo** visa proteger a pessoa em frente a uma ameaça de lesão de seus direitos constitucionais ou infraconstitucionais. O **mandado de segurança preventivo**, de forma geral, é considerado declaratório.

É possível a impetração de **mandado de segurança preventivo** quando já existente situação de fato que ensejaria a prática de ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o justo receio de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. Ou seja, não é preciso que o ato ilegal tenha ocorrido, o simples receio de que isto venha a ocorrer, com os indícios deste ato, permitem a interposição do mandado de segurança preventivo.

Assim, temos que é possível o manejo do **mandado de segurança preventivo** contra ato ainda inexistente, mas que seja presumido, desde que comprovada a ameaça objetiva e real, decorrente de existência de comando legal, eis que não se permite dilação probatória, como exposto acima.

### **Mas como funciona na prática?**

No despacho da inicial, além da notificação da autoridade coatora acerca da inicial para prestar as informações dentro de 10 dias, o juiz ordenará que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito. A autoridade coatora receberá uma cópia da inicial com cópia dos documentos juntados,

determinando que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, desde que haja 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.

Se a liminar for concedida ou denegada, caberá agravo, conforme art. 1.015 do novo Código de Processo Civil.

### **Mas e o chamado prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias?**

A jurisprudência já pacificou este tema, senão vejamos.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO NA FORMA PREVENTIVA. DECADÊNCIA AFASTADA. 1. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança preventivo, não se aplica o prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533/51 (vigente à época da impetração). 2. Assim, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que prosiga no exame do mandamus, afastada a premissa de que houve decadência. 3. Recurso ordinário provido. (STJ - RMS: 22577 MT 2006/0189599-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 05/10/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS.

ANO-BASE 1990. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA.

1. Tem natureza preventiva o mandado de segurança por meio do qual se objetiva que a autoridade impetrada abstenha-se de atuar a impetrante pela utilização retroativa do IPC como índice de correção monetária aplicável às demonstrações financeiras de balanço do ano de 1990.

2. Tratando-se de *mandamus* preventivo, não se aplica o prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533/51 (agora art. 23 da Lei 12.016/09).

3. Recurso especial provido. (REsp 1.056.706/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 23.4.2010).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ICMS. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51.

I - O mandado de segurança objetivando evitar a inscrição do débito em dívida ativa e o ajuizamento de execução fiscal apresenta nítido caráter preventivo, não se voltando contra lesão a direito já ocorrida (REsp nº 539.826/RS, Rel. Min. TEORIBINO ZAVASCKI, DJ de 11/10/04).

II - Ao mandado de segurança preventivo não se aplica o prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 18 da Lei 1.533/51. Precedentes: REsp nº 694.429/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 25/08/06; AgRg no Ag nº 557.498/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 16/05/05 e REsp nº 485.581/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 23/06/03.

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.100.608/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 27.4.2009).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Não se cogita de decadência do direito de impetração quando o mandado de segurança é de natureza preventiva, o que ocorre quando a parte impetrante alega ter o receio de ver obstada pela autoridade impetrada a sua pretensão de aproveitar em compensação tributária os valores alegadamente recolhidos a mais a título de tributo. (TRF-4 - APL: 50276281320184047108 RS 5027628-13.2018.4.04.7108, Relator: RÔMULO PIZOLATTI, Data de Julgamento: 13/05/2020, SEGUNDA TURMA)

### **E quando se pode manejar o mandado de segurança preventivo?**

O cabimento de mandado de segurança preventivo exige muito mais do que um mero receio subjetivo da lesão a um direito; exige a existência de uma ameaça real, plausível, concreta e objetiva, traduzida em atos da Administração preparatórios ou ao menos indicativos da tendência da autoridade pública a praticar o ato ou a omitir-se deliberadamente quando esteja obrigada a agir.

Com efeito, a jurisprudência da Suprema Corte está orientada no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança impetrado preventivamente, a concessão da segurança está condicionada à ocorrência de efetiva ameaça a direito líquido e certo, decorrente de atos concretos da autoridade impetrada, não bastando a invocação genérica de uma remota possibilidade de ofensa a direito para autorizar a segurança preventiva.

Ressalte-se, ainda, que o mandado de segurança, em razão de não admitir dilação probatória, exige a demonstração incontroversa dos fatos e provas, de forma pré-constituída, para a caracterização do direito líquido e certo. Nesse contexto, não se está a exigir a juntada de provas do ato coator que ainda não se concretizou no mundo jurídico, mas, sim, de elementos que demonstrem atos que afetem diretamente a esfera subjetiva do impetrante e traduzam a tendência da autoridade impugnada de lesionar o seu direito líquido e certo.

### **...o mandado de segurança preventivo visa proteger a pessoa em frente a uma ameaça de lesão de seus direitos constitucionais ou infraconstitucionais.**

Nos casos em que o Tribunal tiver competência originária para o recebimento do mandado de segurança, a instrução caberá ao relator, e a defesa é garantida, também, a sustentação oral (art. 16, caput, Lei 12.016/2009), da decisão dada pelo relator caberá agravo interno conforme dispõe o parágrafo único do artigo 16, da Lei 12.016/2009, a cerca disso também leciona o artigo 1.021 do atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015): “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento as regras do regimento interno do tribunal”.

## **A aplicação do Novo Código de Processo Civil**

Com a vigência do Novo CPC são aplicados à lei do mandado de segurança os seguintes artigos correspondentes: art. 113, 114, 115, 116, 117 e 118. Os artigos mencionados aludem ao litisconsórcio (pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação processual).

Frisa-se, que o mandado de segurança é regido pela Lei n. 12.016/2009 e segue um rito especial até fase de conhecimento. Depois de proferida a sentença de primeiro grau ou acórdão (ação de competência originária dos Tribunais), as fases seguintes, como a recursal e o cumprimento são regidas pelo novo código de Processo Civil que permitem a admissibili-

dade dos honorários, até mesmo nas ações de mandado de segurança.

## **E, por fim, caberiam honorários de sucumbência em mandado de segurança?**

Os honorários de sucumbência em mandado de segurança, nas fases de recurso e de cumprimento, atendem ao princípio genérico dos ônus da sucumbência: se for vencedor o impetrante, serão devidos honorários pelo ente público interessado; se for vencido o impetrante, esse responderá pela sucumbência em favor dos advogados do ente público. É o que preceitua o artigo 85, § 19, CPC/2015: “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”. É o avanço legislativo, na prática.

### **Referências**

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Hélio Vieira; CERNOV, Zênia. **Com novo CPC, Judiciário deve autorizar honorários de sucumbência em MS**. Disponível em: <https://lumacordeiro7.jusbrasil.com.br/artigos/348497284/o-mandado-de-seguranca-conforme-o-novo-codigo-de-processo-civil>.

# O (in)cabimento do mandado de segurança nas ações em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos pelos entes públicos (União, Estados e Municípios)



**Márcia Helena Firmino**

Advogada. Graduada pela Rede Gonzaga de Ensino Superior (2010), especialização em Direito Penal e Processual Penal, pela Faculdade de Educação e Cultura de Vilhena (2014) e Direito Público: teoria e prática, pelo Centro Universitário Estácio Ribeirão Preto (2013). Atualmente, é Advogada Pública do quadro de Procuradores do Município de Vilhena.

As razões processuais que impedem a procedência dos pedidos apresentados em mandado de segurança movidos contra as pessoas jurídicas de direito público interno, União, Estados e Municípios, para fornecimento de medicamento é um tema que interessa à advocacia pública e privada.

Pois, se tem observado na prática processual nos tribunais pátrios, inclusive no Tribunal de Justiça de Rondônia, o incremento significativo no número de sentenças de improcedência dos pedidos formulados em mandados de segurança, movidos contra pessoas jurídicas de direito público e seus agentes, quando o objeto da lide é a garantia do direito a saúde pela dispensação e fármacos, sejam esses integrantes ou não dos protocolos de dispensação adotados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A questão a ser enfrentada, não obstante, o enfoque eminentemente processual adotado nesta análise, possui suas raízes fincadas no

direito material constitucional, fruto do movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais e consequência da defesa dos valores democráticos, e do princípio dignidade da pessoa humana, embora nestes, não se esgote.

É sabido que a constitucionalização dos direitos fundamentais refletiu nos diversos ramos dos direitos, inclusive no civil, atingindo em maior ou menor grau valores tipicamente civilistas, tais como a autonomia da vontade e a liberdade de contratar.

Não foi diferente na seara pública e administrativa, pois o fenômeno refletiu diretamente no aumento da demanda por ações afirmativas por parte do Estado, principalmente no que se refere à fruição dos direitos sociais pela coletividade.

O mandado de segurança, dentro do contexto garantista, ganha *status* de direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea, cujo escopo é proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas datas, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação, ou houver justo receio de sofrê-la por parte da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam.

Se materialmente o mandado de segurança é um remédio constitucional, relacionado a defesa dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, que se encontra expressamente revisto no art. 5º, LXIX<sup>1</sup> da Constituição Federal, sob o enfoque processual consubstancia-se em uma ação civil de rito especial, que se destina a afastar lesão a direito subjetivo ou coletivo por meio de ordem corretiva ou preventiva de ilegalidade ou abuso de poder dirigido à autoridade pública ou a quem fizer suas vezes, ou a ela for equiparado (Lopes,

2019), cujo procedimento é regido pelo disposto na Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo – LMS.

A Lei n. 12.016 disciplina o mandado de segurança como remédio processual voltado à satisfação de um dos maiores anseios do direito contemporâneo, que é a busca da efetividade da tutela jurisdicional, tanto sob o enfoque da universalização do acesso à justiça, quanto pela garantia da duração razoável do processo.

Não se discute, que o mandado de segurança é um instrumento de suma importância quando se busca a efetividade da tutela jurisdicional, pois trata-se de um procedimento simples e rápido, de fácil manejo e condução pelos sujeitos processuais, permeado por pressuposto específico de cabimento, que é a existência de direito líquido, apto a ser exercido no momento da impetração e passível de ser delimitado e confirmada através de prova pré-constituída apta a demonstrá-lo.

O mandado de segurança difere dos demais procedimentos processuais pela sua abrangência dialógica quando se discute o direito, pois nada obsta que seja manejado para discussão de questão complexa e de alta indagação, como é o caso da proteção aos direitos fundamentais. Neste sentido, o Supremo Tribunal sumulou a extensão das lides que podem ser objeto do *mandamus*, editado a Súmula 625<sup>2</sup>.

Noutro norte, se a complexidade da matéria de direito não obsta a impetração da ação de mandado de segurança, a matéria sobre controvérsia de fato é capaz de obstá-la, resultando, em muitos casos na extinção da ação sem o julgamento do mérito.



Neste ponto, retoma-se a discussão sobre se a ação de mandado de segurança é via adequada para tutela do direito à saúde, tendo em vista a necessidade de imprimir celeridade e efetividade em decorrência do objeto jurídico tutelado nesse tipo de procedimento. Ou, se embora o direito à saúde, esteja assegurado pelo art. 196 da CF/88<sup>3</sup>, não pode ser tido como direito certo, ou seja, líquido e certo.

Tratando-se, pois de direito condicional, sobre o qual incide normas e diretrizes do Sistema de Único de Saúde, destinadas a garantir, materializar e promover o funcionamento das ações e serviços de saúde em todo o território nacional.

Neste sentido, o direito à saúde estaria balizado por instrumentos legais, tais como a Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990 e a Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, além de diversas normatizações, decretos, portarias e medidas provisórias que definem aspectos organizacionais e operacionais do sistema, incluindo neste a assistência farmacêutica em todos os níveis.

Ao largo desta discussão, o direito pátrio experimentou, a partir da década de 90 o fenômeno da judicialização da saúde, com o crescimento vertiginoso do número de ações individuais e coletivas que pugnam acesso aos mais variados serviços de saúde, que vão desde ao fornecimento de medicamentos experimentais, até realização de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade.

Na mesma proporção cresceu o número de ações em mandados de segurança movidos contra agentes públicos, que em tese, seriam responsáveis pela efetivação da política pública na área de saúde.

A preferência pela via mandamental explicava-se, pois, o *mandamus* permitiria a apresentação do pedido liminar, sob a alegação que se tratava de direito líquido e certo, que comportaria a produção de prova antecipada comumente atendida pela apresentação de laudos e exames, que seriam capazes de comprovar a existência de determinada patologia, os riscos que oferecia a vida do paciente, e principalmente se determinado fármaco era indispensável a manutenção saúde deste.

**O mandado de segurança difere dos demais procedimentos processuais pela sua abrangência dialógica quando se discute o direito, pois nada obsta que seja manejado para discussão de questão complexa e de alta indagação, como é o caso da proteção aos direitos fundamentais.**

Travados duros debates no campo doutrinário e jurisprudencial a controvérsia relacionada ao tema da judicialização da saúde, em suas diversas nuances, chegou ao Supremo Tribunal Federal em ações como o RE 271.286, AgRgAl 486.816-1 e o RE 657.718.

Nas decisões supracitadas o STF definiu critérios a serem observados pelo poder Judiciário ao determinar ao poder público o fornecimento

de medicamentos não incorporados por atos normativos do SUS, quais sejam: a comprovação pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido, a demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Sem valorar o conteúdo axiológico da decisão, o certo é que ela gerou reflexos profundos no campo processual, porque estabeleceu critérios, que suplantam a matéria de direito relativa ao direito à saúde, demandando a discussão sobre a matéria de fato, com o consequente desenvolvimento da instrução processual e a produção de todas as provas admitidas em direito pela parte, inclusive a pericial se for o caso, com a realização de exames e consultas por perito médico nomeado pelas partes ou pelo Juiz.

Justamente esse o raciocínio que embasou o julgamento proferido na *leading case* que ora se transcreve: “daqui se concluir, então, que o deslinde da controvérsia exige mesmo dilação probatória, inoportuna na via processualmente acanhada do mandado de segurança,

segundo a mais firme jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. (...) No ponto, cabe lembrar que, a teor da Súmula 625/STF, ‘controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança’. Logo, a *contrário sensu*, a controvérsia sobre matéria de fato – quando necessária ao desfecho da causa – representa, sim, empecilho ao deferimento da ordem requestada. Sendo este, patentemente, o caso dos autos (RMS 26.199, rel. min. Ayres Britto, 1ª T, j. 27-3-2007, DJE 8 4-5-2007.)

Neste sentido, imperioso concluir que o manejo de mandado de segurança, não olvidando as vantagens desse tipo de procedimento, deixa de ser processualmente eficiente, pois a defesa técnica não somente perde a chance de produzir as provas necessárias a comprovação dos interesses do tutelado, como corre o risco de ter a ação extinta, sem julgamento do mérito por inadequação da via eleita, como se tem observado em inúmeros julgados<sup>4</sup>.

Enfim, a evolução do direito processual aplicado à tutela da saúde tem demonstrado que o *mandamus*, devido à necessidade de prova pré-constituída não é via apta para demonstrar a existência do direito líquido e certo, sendo mais eficiente o manejo da ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de liminar, para garantir a tutela do direito à saúde nos termos garantidos pelo artigo 5º, inciso LXIX da CF/88.

## Notas

- 1 **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.
- 2 Súmula 625 Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

- 3 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.
- 4 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - ACOLHIMENTO - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. O mandado de segurança é via inadequada para discutir o dever de o Poder Público fornecer medicamentos de forma gratuita, quando a prova pré-constituída produzida nos autos é incapaz de solucionar, por si só, que o medicamento pleiteado é o único que pode responder positivamente para o tratamento da moléstia da impetrante e que outros fármacos disponibilizados pelo SUS não são indicados no caso. 2. Preliminar de inadequação da via eleita acolhida de ofício, a fim de denegar a segurança, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09 c/c art. 485, IV, do CPC/15. (TJ-MG - AC: 10000181129966002 MG, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 17/09/0019, Data de Publicação: 30/09/2019).

### Referências

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Lei n. 12.016/2009**. Mandado de segurança. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 625**. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&página=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&página=sumula_201_300). Acesso em: 4 maio 2021.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

# B

## reves considerações acerca da decisão do STF na ADI 4403/DF: a quem incumbe a subscrição de recurso em nome da autoridade coatora



**Danilo Sigarini**

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Procurador do Estado de Rondônia.

### Sumário

1. Introdução
2. Do mandado de segurança
3. Da decisão na ADI 4403/DF
4. Desdobramentos da possibilidade de recurso pela autoridade
5. Considerações finais

### **1** Introdução

Recentemente na ADI 4403/DF, o STF assentou que a previsão contida no § 2º do Artigo 14 da Lei n. 12.016/2009 não afasta a necessidade de atuação do advogado para apresentação de recurso pela autoridade coatora contra decisão em mandado de segurança. Todavia, embora assim o tenha feito sob as premissas ali discutidas, não se adentrou na especificidade a respeito de qual tipo de advogado (público ou privado) seria o responsável pela interposição de tal recurso, sendo este o objeto do presente artigo.

## **2 Do mandado de segurança**

Do conteúdo do inciso LXIX do Artigo 5º da Constituição da República, pode-se conceituar mandado de segurança como a ação constitucional utilizada 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 que lhe seja equiparada. Anteriormente a previsão era tratada pela lei 1553/1951, todavia, a partir de 2009 houve o advento da Lei 12.016 o qual, a despeito das críticas e elogios a ela remetidos (Sturari, 2013), trouxe o regramento atual do tema.

## **3 Da decisão na ADI 4403/DF**

O plenário do STF, por unanimidade, quando do julgamento da ADI 4403/DF assentou que a previsão contida no § 2º do Artigo 14 da Lei n. 12.016/2009<sup>1</sup> não afasta a necessidade de atuação do advogado para apresentação de recurso pela autoridade coatora contra decisão em mandado de segurança. Assim se registrou:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 14, § 2º, DA LEI Nº 12.016/2009. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE RECURSAL DA AUTORIDADE COATORA. AUSÊNCIA DE DISPENSA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.**  
1. O art. 14, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, conferiu legitimidade recursal, não capacidade postulatória, à autoridade coatora, não havendo, pois, ofensa ao art. 133

da CRFB. (ADI 4403, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-09-2019 PUBLIC 09-09-2019)

Em verdade, embora a Lei n. 12.016/09 preveja a legitimidade da autoridade coatora para recorrer da decisão que concede a segurança, fato é que anteriormente havia divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de tal condição já que havia o entendimento de que apenas a pessoa jurídica de direito pública estaria legitimada a recorrer, pois, o papel da autoridade coatora para figurar na lide cessaria com a apresentação das informações<sup>2</sup>.

Justamente por tal divergência, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 06/04/2010, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4403/DF, oportunidade em que se alegou que a previsão do § 2º do Artigo 14 violaria a função constitucional do advogado prevista no Artigo 133 da Carta Magna<sup>3</sup>, pois, mesmo se conferindo legitimidade à autoridade coatora esta não teria capacidade postulatória, dependendo, pois, de advogado para subscrever eventual recurso<sup>4</sup>.

Embora a ADI tenha sido julgada improcedente, o fato é que o STF ao concluir pela constitucionalidade da previsão, deixou assentado que a previsão trazida pela Lei do Mandado de Segurança, a despeito de conferir legitimidade recursal à autoridade coatora, não assegurou a esta a capacidade postulatória para subscrever a peça recursal sem a presença do advogado, mormente, pois tais institutos não se confundem.

O voto do Ministro Relator deixa claro que enquanto “a legitimação ativa ao recurso fun-

da-se no interesse em recorrer” sendo “o lado subjetivo do requisito objetivo da lesividade do recorrível”, a capacidade postulatória (postulacional) “é a de realizar os atos processuais em que haja postulação” sendo que “quem postula (quem ‘aposta’), no sistema processual do Estado, é o advogado, e só ele”. Ou seja, a autoridade coatora pode recorrer, contudo, necessariamente através de advogado.

Ademais, como dito anteriormente, embora anteriormente à vigência da lei, houvesse divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de tal legitimidade recursal, com a autorização legislativa a controvérsia foi superada. Logo, considerando que não houve expressa previsão legal para a dispensa de causídico (como acontece em outras previsões – a exemplo do artigo 9º da Lei 9099/95), não se poderia chegar à tal conclusão<sup>5</sup>.

Assim, entendeu-se que embora a apresentação de informações no mandado de segurança não exija a subscrição por advogado (Rodrigues, 2010), eventual recurso da autoridade coatora (observado eventual interesse recursal) deve necessariamente ser assinado por advogado regularmente inscrito na OAB nos moldes do que determina o artigo 103 do Código de Processo Civil<sup>6</sup> e os artigos 1º a 5º do Estatuto da OAB<sup>7</sup>.

Ante a tal panorama, impõe-se a seguinte reflexão: é o advogado público ou privado que subscreve o recurso interposto pela autoridade coatora em tais hipóteses? Depende.

#### **4 Desdobramentos da possibilidade de recurso pela autoridade**

É entendimento constante no STJ<sup>8</sup> e demais tribunais<sup>9</sup>, que, em regra, a legitimidade para

interpor recurso contra decisão proferida em sede de mandado de segurança pertence à pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora, já que esta quem suportará o ônus da sentença. Todavia, como se viu, o § 2º do Artigo 14 da Lei Mandado de Segurança, conferiu também legitimidade recursal (e não capacidade postulatória) à autoridade coatora, motivo pelo qual, também se admite em caráter excepcional sua possibilidade no caso de defender interesse próprio.

Deve-se perquirir em quais casos haveria interesse para tal condição.

Tradicionalmente, a análise acerca da existência ou não de interesse recursal é ligada à questão do prejuízo comparando a situação atual com aquela antes da prolação da decisão estando intimamente ligado à ideia de sucumbência. Assim, a parte que sucumbiu tem, em regra, interesse de recorrer da decisão. Todavia, tal visão encontrava críticas por parte da doutrina, pois inviabiliza, por exemplo, a possibilidade de recurso do autor vitorioso ou ainda o interesse recursal do réu revel para apelar da sentença de procedência dos pedidos autorais (Duarte, 2021).

Ante a tal panorama, José Carlos Barbosa Moreira, defende que deve estar pautado na possibilidade da obtenção de situação mais favorável do que a decorrente da decisão que se pretende impugnar, independente de coincidir ou não com a situação processual da parte no momento anterior à prolação de tal decisão. Em outras palavras, o aspecto retrospectivo dá lugar ao aspecto prospectivo da análise do interesse (Sampaio, 2021).

Trazendo tal viés para o caso sob análise, vislumbra-se a existência de duas situações dis-

tintas e cuja verificação acaba por influenciar na resposta sobre qual advogado (público ou privado) deve subscrever tal recurso.

Na primeira hipótese, pode existir interesse recursal unicamente da autoridade coatora quando se pretende prevenir sua responsabilidade decorrente do ato coator. Como lembra Leonardo Carneiro da Cunha, nesses casos o recurso não se destinaria à defesa da legitimidade do ato por ela praticado, e sim, visa recorrer de alguma responsabilidade que lhe foi imputada ou que possa repercutir em sua condição funcional, a exemplo do ato em si ser considerado como criminoso ou de improbidade administrativa (Cunha, 2020).

**...em regra, a legitimidade para interpor recurso contra decisão proferida em sede de mandado de segurança pertence à pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora...**

Percebe-se que em tal situação, o interesse se edifica sobre a condição da pessoa natural que ocupa o papel da autoridade coatora naquele *mandamus* (não residindo a questão sobre a legitimidade do ato em si), condição esta que faz com que a subscrição de eventual recurso seja feito por advogado privado devidamente constituído pela própria autoridade coatora.

Vale a lembrança que em tal hipótese, não é incumbência do advogado público que representa o ente respectivo a que se integra a autoridade coatora, pois, a este incumbe a representação judicial da pessoa jurídica de direito público a que representa visando a satisfação do interesse público (Rodrigues; Sigarini, 2020) e não dos interesses privados das pessoas físicas que eventualmente pratiquem atos passíveis de discussão em sede de mandado de segurança. Não por outro motivo, nestas hipóteses, a prerrogativa de prazo em dobro não se aplica.

Todavia, há uma segunda hipótese em que o interesse pode residir em se defender a legitimidade do ato como gestor público, sendo cabível igualmente a interposição de recurso. Em casos como este há interesse recursal da pessoa jurídica de direito público motivo pelo qual, a subscrição de eventual recurso será feito pelo respectivo representante da advocacia pública a quem incumbe, conforme artigo 183 do CPC, “na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”. Em tal condição, considerando o regime jurídico aplicável ao Ente Público, o prazo recursal será em dobro.

Assim, a depender do interesse recursal envolvido, incumbirá ao advogado público ou o privado a subscrição da peça recursal, cada qual no pleno exercício das funções constitucionais que lhe foram incumbidas como função auxiliar da justiça.

## 5 Considerações finais

Considerando que o § 2 do Artigo 14 da Lei n. 12.016/09 prevê a possibilidade de interposição de recurso contra decisão em mandado de segurança pela autoridade coatora e que o Supremo Tribunal Federal na ADI 4403/DF fixou que no exercício de tal condição há a necessidade de subscrição de advogado, vislumbrou-se a necessidade de se reflexão acerca se tal

recurso seria subscrito por advogado público ou privado.

Concluiu-se que a depender do interesse recursal envolvido, incumbirá à advocacia pública ou à privada a subscrição da peça recursal, sendo certo, de todo modo, o atendimento ao que determina o artigo 103 do Código de Processo Civil e os artigos 1º a 5º do Estatuto da OAB.

### Notas

- <sup>1</sup> 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.
- <sup>2</sup> Neste sentido, dentre outros vários, lembra-se pelo STJ: RMS 12.721/AL, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Sexta Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 552. STF e REsp 553.959/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, julgado em 21/10/2003, DJ 01/12/2003, p. 342.
- <sup>3</sup> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.
- <sup>4</sup> Em razão disso, se postulou a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, ou sua interpretação conforme, a fim de que eventual recurso interposto pela autoridade coatora, deva ser subscrito por advogado.
- <sup>5</sup> Pontua-se que, embora o STF tenha, na prática, concordado com a necessidade de subscrição por advogado por eventual recurso interposto pela autoridade coatora, julgou improcedente a ADI considerando entender não ter qualquer violação constitucional, pois, tal conclusão deriva da própria lei e não da Constituição da República, já que a dispensa legal deve ser expressa.
- <sup>6</sup> Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal.
- <sup>7</sup> Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais (Vide ADIN 1.127-8).
- <sup>8</sup> Cita-se: AgInt no AgRg no RMS 28.902/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016 bem como o AgRg no AREsp 105.969/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012.
- <sup>9</sup> TJMG; AC-RN 0005529-93.2019.8.13.0487; Pedra Azul; Sexta Câmara Cível; Relª Desª Sandra Fonseca; Julg. 26/01/2021; DJEMG 05/02/2021.



## Referências

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DUARTE, Zulmar. **Interesse recursal e o novo CPC**: sucumbência jurídica. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/06/13/interesse-recursal-e-o-novo-cpc-sucumbencia-juridica>. Acesso em: 24 maio 2021.
- RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. O papel da autoridade coatora e a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2651, 4 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17544>. Acesso em: 29 maio 2021.
- RODRIGUES, Olival; SIGARINI, Danilo. **Lei orgânica PGE-RO comentada**. Editora Íthala: Curitiba, 2020.
- SAMPAIO, Gabriel Porto. **O interesse recursal da parte vencedora sob uma ótica prospectiva no CPC de 2015**. 2021. 65f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.
- STURARI, Rafael William Ribeirinho. **Mandado de segurança**: avanços e retrocessos trazidos pela lei 12.016/09. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Doi:10.11606/D.2.2016.de-02122016-143221. Acesso em: 24 maio 2021.

# A figura do mandado de segurança contra atos nos Juizados Especiais Cíveis



**Thaysa Silva de Oliveira**

Advogada atuante na área administrativa com ênfase nos direitos dos servidores públicos, pós-graduanda em Direito Público, especialista em Mediação e Arbitragem pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), sócia fundadora do Escritório Helbel & Oliveira Advocacia.

## Sumário

1. Introdução
2. Da aplicabilidade do mandado de segurança nos juizados especiais cíveis
3. Considerações finais

### **1** Introdução

Os Juizados Especiais surgiram da necessidade de celeridade em causas de menor complexidade, nesse sentido a Lei n. 9.099/95 está voltada para a promoção da real efetividade no processamento das demandas. Por isso, existe regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, como forma de cumprir os preceitos basilares estabelecidos na supracitada legislação.

Ainda, pela regra legal, não se admite a impetração de mandado de segurança no juizado especial cível.

Todavia, o uso de mandado de segurança contra atos nos juizados especiais, mesmo com muitas divergências, vem sendo aceito por boa parte do ordenamento jurídico, no entanto, sobre as limitações de uso ainda se faz necessário uniformidade jurisprudencial e doutrinária.

De um lado, estamos diante de uma lei (9.099/95) que traz em seu bojo a vedação de recursos contra decisões interlocutórias nos juizados especiais. De outro lado, a lei n. 12.016/09 traz em seu artigo 5º, inciso II, pelo qual apenas não se admite o uso do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

Fica evidente a problemática ao cerne da questão: quando seria possível o uso do mandado de segurança contra decisões interlocutórias nos juizados especiais, uma vez que este remédio constitucional visa à proteção à violação do direito líquido e certo.

## **2 Da aplicabilidade do mandado de segurança nos juizados especiais**

A dúvida se torna automática quando se sugere a possibilidade do cabimento ou não do mandado de segurança nos juizados especiais cíveis, partindo do pressuposto de que não há cabimento de recurso em decisões interlocutórias no rito. E se essa decisão afronta de alguma forma direitos constitucionais? Daí a necessidade de mecanismo de controle.

Assim sendo, imprescindível é a análise mais detida acerca da admissibilidade do mandado de segurança em casos de decisões interlocutórias, consoante a abordagem do artigo 5º, inciso II da Lei 12.016/09 e artigo 38 e ss da Lei n. 9.099/95, verificada a ausência de previsão de impugnação de decisões dessa natureza, sendo, portanto, o mandado de segurança o remédio constitucional de garantia contra possível violação de direito líquido e certo do demandante.

O mandado de segurança, de forma didática, é remédio constitucional com natureza

de ação civil de rito sumário especial, que visa 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 pública.

Para tornar efetivos os direitos de menor complexidade ou de menor dimensão, foram criados os juizados especiais para facilitar o acesso à justiça. O rito especialíssimo é norteado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Com base no princípio da celeridade processual, a lei dos juizados especiais restringiu em grande parte o uso de recursos em seu sistema processual.

A lei 9.099/95 prevê o recurso inominado contra a sentença e ainda, abarca o uso dos embargos de declaração, cabível quando houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida, na sentença ou no acórdão.

Como não traz outro meio recursal, fica evidente que o legislador buscou tornar irrecoríveis as decisões interlocutórias nos juizados especiais cíveis, como forma de consagrar o princípio da celeridade processual.

Como não há previsão legal para o uso de outros recursos quanto as decisões interlocutórias, não há, portanto, preclusão quanto a matéria a ser atacada, podendo ser inclusive apontadas como preliminares no recurso inominado.

A utilização do remédio constitucional de mandado de segurança nos juizados especiais é tão divergente nas doutrinas e jurisprudências, que sua utilização e limites carecem com urgência de uniformização.

O mandado de segurança contra ato judicial consiste “em suma, que o mandado de segurança contra ato judicial será cabível apenas quando o sistema recursal revelar-se insuficiente para evitar a lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente” (Cunha, 2019).

A didática da impetração do mandado de segurança foi modificada com o advento da nova lei 12.016/09, que também alterou a ordenação do sistema recursal do CPC, pois passou a permitir o uso do remédio constitucional contra decisão interlocutória.

Para a utilização do mandado de segurança contra atos judiciais é preciso realizar à aplicação subsidiária do CPC em face do procedimento estabelecido pela lei dos juizados especiais, todavia até mesmo essa aplicação subsidiária é controversa nas doutrinas e jurisprudência.

Portanto, não há consenso sobre esta utilização subsidiária do CPC nos juizados especiais, e como não há previsão legal quanto à oposição de recurso contra decisões interlocutórias, em suma, permanece o entendimento sobre a irrecorribilidade.

No entanto, a irrecorribilidade não deve ser tratada com presunção absoluta nos juizados especiais cíveis, de modo que, de maneira excepcional é permitida a utilização do agravo de instrumento e, conseqüentemente, do mandado de segurança.

Atualmente a jurisprudência dominante tende a aceitar a excepcionalidade do mandado de segurança contra decisões interlocutórias em casos de teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder capazes de causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação.

A Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia há muito tempo

consagra a utilização do mandado de segurança contra atos que não são amparados por outra espécie de recurso. Vejamos algumas ementas:

EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. GRATUIDADE. CONCESSÃO. DEMONSTRAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA (TJRO - Turma Recursal Única, Processo n.º 0002714-22.2014.8.22.9000, Data de Julgamento: 08/10/2014).

MANDADO SE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO INOMINADO. INTERPRETAÇÃO ART. 55 DA LEI 9.099/95. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. NULIDADE. CUSTAS FINAIS. Deve ser concedida a segurança para fins de anular inscrição em dívida ativa de parte sucumbente quando, no julgamento de recurso inominado, o Colegiado defere os benefícios da Justiça Gratuita em seu favor. (Autos n. 0800233-82.2016.8.22.9000).

MANDADO DE SEGURANÇA. JUSTIÇA GRATUITA. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. Quando a parte impetrante comprovar não possuir meios para arcar com as custas do processo e pedir a concessão da justiça gratuita, o benefício deve ser concedido. (TJRO – Turma Recursal, Processo: 0800037-73.2020.8.22.9000, Relator: GLODNER LUIZ PAULETTO, Data julgamento: 19/05/2021).

Resta evidente que a impetração do mandado de segurança contra decisões interlocutórias é utilizado desde que respeitadas às restrições do artigo 5º da lei 12.016/09:

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

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

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

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Embora haja restrição quanto a aplicação subsidiária do artigo 5º da lei 12.016/09 nos juizados especiais, há de forma excepcional a utilização do remédio constitucional de mandado de segurança para impedir dano de difícil reparação não passível de recurso legalmente previsto, quando o ato a ser combatido está eivado de ilegalidade e o direito a ser requerido está revestido de liquidez e certeza.

Assim, caso não haja recurso previsto em lei para amparar o direito do demandante e quando o ato judicial se mostre equivocado ou teratológico (uma decisão absurda, monstruosa), partimos da premissa que deve ser admitido o uso do mandado de segurança.

Nessa situação, o mandado de segurança é forma de garantir às partes um processo com todos os seus direitos constitucionais, devendo por analogia, ser aplicável em face da justiça ordinária e dos tribunais, no que couber, aos juizados especiais cíveis.

Assim, o mandado de segurança nos juizados especiais se mostra instrumento de contraditório e ampla defesa, independentemente de previsão legal expressa, que deve ser admitido, em situação excepcional, sempre que estiver presente os pressupostos de admissibilidade.

### **3 Considerações finais**

O juizado especial cível nasceu, assim como a lei que o instituiu – lei 9.009/95, com o objetivo fim de dar maior celeridade no processamento e julgamento das causas de menor complexidade, resultando assim na impossibilidade da propositura de recursos às decisões interlocutórias. Confirmado pela corte constitucional, a objetividade da medida se perfaz no desígnio central do rito sumaríssimo, dar efetividade prática ao que a lei se propôs.

**O mandado de segurança, de forma didática, é remédio constitucional com natureza de ação civil de rito sumário especial, que visa proteger direito líquido e certo..**

Portanto, a ausência de possibilidade legislativa à propositura de recurso em casos dessa natureza, somado ao fato da possibilidade de afronta a direitos constitucionalmente garantidos, a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de entender e aplicar o remédio constitucional previsto – mandado de segurança – como forma de proteção à violação de direito e a eficácia da garantia magnamente constituída.

Todavia, a admissão de mandados de segurança vem sendo restringido a casos de manifesta ilegalidade, não se atendo ao que se entenderia como acerto de desacerto da decisão contestada, mas tão somente a flagrância

de ilegalidade praticada através do ato decisório, colocando o demandante em situação de dano real e irreparável ou ainda de difícil repa-

ração. Não sendo este o caso, a interposição do mandado pode ser entendido como ato meramente protelatório da parte que o interpor.

### Referências

BRASIL. **Lei n. 12.016/09, 7 de agosto de 2009**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm).

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm).

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Verônica Matos Marinho. **O cabimento do mandado de segurança contra decisão interlocutória em sede de juizados especiais cíveis**. Disponível em: <https://marinhofigueiredo.jusbrasil.com.br/artigos/265681580/o-cabimento-do-mandado-de-seguranca-contradecisao-interlocutoria-em-sede-de-juizados-especiais-civeis> Acesso em: 10 jun. 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

# Honorários de sucumbência em mandado de segurança no Novo Código de Processo Civil



**Keila Maria da Silva Oliveira**

Advogada. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil e Processual Penal pela Faculdade de Ciências Humanas Exatas e Letras. Ex-conselheira estadual da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Rondônia (OAB/RO) triênio 2004/2006 e 2007/2009.



**Airisnete Figueiredo de Araújo Silva**

Advogada. Graduada pela Faculdade de Ciências e Letras de Rondônia (FARO). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela mesma instituição.

## Sumário

1. Introdução
2. Mandado de segurança do novo CPC
3. Considerações finais

### **1** Introdução

O assunto é abrangente, repleto de aspectos controvertidos e polêmicos, não havendo consenso jurisprudencial, embora a doutrina, unanimemente, já tenha se posicionado. Com o desígnio de ver melhor aplicada a regra pertinente a matéria, haja vista o direito não estar entregue a valores eternos, o assunto não tem a pretensão de se esgotar aqui. Razão pela qual longe de trazer a solução para todas as questões, apresentamos modesta pesquisa em relação a alguns pontos julgados relevantes. Sendo o mandado de segurança amplamente utilizado em todas as áreas do direito é um assunto sempre atual, pois a todo momento surge novas teses e decisões sobre o tema. Ao revés, tem de suportar a hierarquia da cultura, dos avanços sociais e da inteligência. Não se deve perder de vista que a Lei é uma construção cultural que provê uma realidade social presente. Essa rea-

lidade, no entanto, terá de mudar, adaptando-se, paulatinamente, à exigência de cada época. Então, não mais subsistindo os pressupostos jurisprudenciais que ensejaram a edição pelos Tribunais Superiores das Súmulas proibidoras da condenação em honorários no *writ of mandamus*, frente à dinâmica do Direito impende ser dada nova interpretação, à luz das necessidades sociais. Não pode o juiz estar adstrito unicamente à letra fria da lei ou dos aconselhamentos sumulares. O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção, à pragmática das sentenças judiciais anteriores, mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados. É certo e indubitoso que o papel da doutrina é exatamente esse: ser instrumento de inspiração, parâmetro do direito, atualizando os entendimentos jurídicos à realidade social. Motivo, aliás, que a faz constar dentre as fontes do direito, chegando a ser denominada direito dos juristas.

## **2 Mandado de segurança do novo CPC**

A rigor, no que tange a todos os aspectos processuais, essa categoria de mandado obedecerá primeiramente às regras especiais contidas na Lei 12.016/2009.

Contudo, o Código de Processo Civil deverá ser aplicado de forma subsidiária, nos pontos em que a legislação especial seja silente e não apresente vedações.

Vale lembrar que a lei específica do mandado de segurança é de 2009, ou seja, entrou em vigor antes do Novo CPC. Razões pelas quais se faz necessário destacar alguns dispositivos de forma atualizada.

Atualmente existe uma discussão sobre a aplicação do art. 219 do Novo CPC para contagem do prazo de 120 dias do mandado de segurança.

Embora ainda existam entendimentos contrários, boa parte da melhor doutrina entende que o referido dispositivo não deve ser aplicado no que tange à contagem de prazo do mandado de segurança, pois se trata de prazo decadencial, de natureza não processual, corrente à qual me filio.

Conforme o Código de Processo Civil de 2015, na contagem de prazos e, dias, estabelecidos por lei ou pelo juiz, serão computados apenas os dias *úteis* (art. 219). Entretanto, tal alteração não se aplicará ao prazo de 120 dias para a impetração de mandado de segurança, frente à ressalva constante do respectivo parágrafo *único* no sentido de que a norma se aplicará somente aos prazos processuais (Meirelles, 1995).

Vale destacar ainda que o NCPC abriu a possibilidade de incidência do art. 85 § 19, o que não era possível na vigência do 'códex' antigo.

A título de informação complementar para você, vale mencionar os artigos correspondentes do NCPC, sendo aplicados à lei especial do mandado de segurança: art. 113, 114, 115, 116, 117 e 118.

São dispositivos que versam sobre litisconsórcio (pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação processual).

Pois bem! Passemos a enfrentar a questão frontalmente.

É regra tradicional dos sistemas jurídicos a previsão legal da sucumbência, que funciona



como condenação extra (accessória) ao vencido, por obrigar o vitorioso a apelar à via judicial, tendo gastos com advogado, além do inenunciável desgaste comum em toda pendência judicial.

A garantia contida no Estatuto da OAB que, em seu artigo 22, dispõe que “A prestação de serviço profissional assegura aos regulamente inscritos na Ordem dos Advogados Brasil o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”, sem distinção quanto à modalidade de ação na qual tais serviços foram prestados. Vejamos quanto aos honorários de sucumbência nas ações de mandado de segurança em que até então essa premissa não era válida, pois estes sempre foram negados aos advogados ferindo o que bem estabelece o Estatuto.

A Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009 disciplina o mandado de segurança. O artigo 1º, caput, prevê a hipótese de cabimento do mandado de segurança, sendo este admissível tanto antes, como depois da prática do ato ou omissão impugnados. Sendo possível a obtenção da tutela inibitória e evitando, assim, a prática ilegal ou abuso de direito.

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.

Acerca da condenação nos honorários de sucumbência nas ações de mandado de segurança, o STF editou a súmula n. 512 que dispõe:

Súmula 512: não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Com a edição da súmula 512 veio a ser legalizada na Lei do Mandado de Segurança sendo inserida no artigo 25.

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.

No entanto, o mandado de segurança é regido por lei especial durante sua fase de conhecimento; uma vez proferida a sentença de primeiro grau, (ou acórdão, nas ações de competência originária dos Tribunais) a fase recursal e a fase de cumprimento são regidas pelo Código de Processo Civil.

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil, em seu artigo 85, § 1º, cabem honorários de sucumbência nas fases recursal e de cumprimento, ainda que em mandado de segurança.

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

O Código de Processo Civil é adotado no rito especial do mandado de segurança, logo a súmula do STF tornou-se relativizada e há juristas que interpretam que honorários de sucumbência, nas fases de recurso e de cumprimento, são devidos.

O novo Código de Processo Civil prevê de forma indiscutível o cabimento de honorários sucumbenciais nas três fases distintas do processo:

Fase de conhecimento, fase recursal e fase de cumprimento. De fato, dispõe o artigo 85, parágrafo 1º do NCPC que “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos”.

**É regra tradicional dos sistemas jurídicos a previsão legal da sucumbência, que funciona como condenação extra (accessória) ao vencido, por obrigar o vitorioso a apelar à via judicial, tendo gastos com advogado, além do inexorável desgaste comum em toda pendenga judicial.**

Disso resulta a conclusão de que são cabíveis honorários recursais e honorários na fase de cumprimento, ainda que em ação de man-

dado de segurança, pois a Lei 12.016/2009 encerra, na sentença, o rito especial.

Assim, os honorários de sucumbência em mandado de segurança, nas fases recursal e de cumprimento, atendem, a um só tempo, o trabalho exercido pelos patronos mútuos, pelo princípio genérico dos ônus da sucumbência:

Se vencedor o Impetrante, serão devidos honorários pelo ente público interessado; se vencido o Impetrante, esse responderá pela sucumbência em favor dos advogados do ente público, por força do parágrafo 19 do artigo 85 do novo CPC que dispõe que “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

Por tais motivos, a partir da vigência do novo CPC, por aplicação do artigo 85, parágrafo 1º, cabem honorários de sucumbência nas fases recursal e de cumprimento, ainda que em mandado de segurança, estes a serem suportados pela parte sucumbente (ou o Impetrante, ou o ente público a que pertence à autoridade Impetrada), e certamente o Poder Judiciário irá rever os posicionamentos anteriores que, genericamente, negavam honorários nesta modalidade de ação, tornando superada a Súmula 512.

Vejamos que a referida súmula fere o direito líquido e certo do cidadão que teve que recorrer ao Poder Judiciário, além de todos os aborrecimentos naturais de um litígio, do desgaste processual, ter que arcar com os gastos advocatícios que o próprio Estado lhe está impondo. CRETELLA JÚNIOR, colocar: “O que para o Estado é sempre uma obrigação um dever agir sempre conforme o direito para o impetrante é um direito subjetivo público, que, ameaçado ou lesado,

encontra no mandado de segurança o instrumento adequado para a correção do dano. (...) sendo vencedor o impe-trante, é 'justo' que a Fazenda vencida o reembolse do 'quantum' ajustado com o advogado". (op. cit., p. 288)

O notável Hely Lopes Meirelles, voz mais autorizada na matéria, do alto de sua experiência judicante, ensina ex cathedra: "Na sentença (da ação mandamental) deverá o juiz decidir sobre o pedido da inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do CPC". (1995, p. 69)

Seguindo o emérito mestre do Direito Público, a melhor doutrina também firmou entendimento neste sentido, proclamando a necessidade da condenação em verba honorária no mandado de segurança que, diga-se, em passant, nada mais é, senão ação civil (pelo que, de fato, aplicável o Comando 20, do CPC).

Nesse sentido, pelo cabimento da condenação em verba honorária em *writ of mandamus*: os grandes mestres Yussef Said Cahali (*Honorários advocatícios*); Manoel Antonio Teixeira Filho (*Mandado de segurança na justiça do trabalho: individual e coletivo*); Rodolfo Camargo Mancuso ("Honorários advocatícios em mandado de segurança (virtual superação da súmula 512 do STF)"); Adhemar Gomes da Silva ("Sucumbência em mandado de segurança"); Maurílio Wagner de Paula Reis ("Os honorários na ação de mandado de segurança"), entre inúmeros outros.

Ora pois, em sendo uma ação civil apenas tendo de especial o seu rito procedimental é o "mandado de segurança uma ação em que há vencedor e vencido, não encontrando razões para afastá-lo das normas gerais do Código",

nas brilhantes palavras de Celso Agrícola Barbi (1999, p.198-199). Hodiernamente, pode-se afirmar, pois, com tranquilidade, que há uma opinião comum nesta esteira entre os Doutores, sendo, sob a ótica da Ciência Jurídica, estabelecido a questão, são cabíveis honorários de advogado em mandado de segurança.

O conceituado Sérgio Ferraz expert na matéria, diz não ser "admissível criar-se qualquer gravame, ou sua ameaça, de sorte a originar obstáculos ou dificuldades a quem dessa garantia excelsa deseje valer-se. Dessa forma, a solução univocamente aplicável é: a verba honorária de sucumbência se aplica se vencida a Administração" (2006, p. 179).

Assevera ainda Ferraz, efetivamente desfechando o raciocínio: "Em verdade, a questão tem solução cabal quando examinados os patamares constitucionais, em que se funda o *writ*. O que não pode ser olvidado" (op. cit., p. 179) No mesmo diapasão, Celso Bastos e Michel Temer asseveram que "o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência", radicalizando ao preverem a possibilidade de no caso "em que a sentença proferida na segurança não condenar em honorários, podem estes ser reclamados em ação própria, fundada na responsabilidade civil do Estado". (Farias, 2000). Com efeito, tendo a doutrina tornado a matéria fundamentada no campo científico, vem a questão ganhando novo fôlego, já sendo considerável o número de acórdãos que acolhem a tese doutrinária, condenando o vencido na segurança em honorários. Um dos grandes responsáveis tem sido o preclaro Min. Humberto Martins, exponencial do nosso STJ, que lavrou o brilhante aresto nesse sentido:

1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é no sentido de que ‘nas execuções individuais procedentes de sentença genérica prolatada em ação coletiva promovida por sindicato ou entidade de classe, é cabível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, ainda que não embargada a execução.’” Esse entendimento encontra-se cristalizado no enunciado 345 da Súmula deste Tribunal Superior, in verbis: ‘São devidos os honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas Execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas’ (AgRg no AREsp 48.204/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011).

Ainda na linha de nossa jurisprudência, esse entendimento também deve ser aplicado em execução de mandado de segurança coletivo (Aglnt no AREsp 1236023/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, publ. DJe 09/08/2018).

Sob outro prisma, a mesma Corte reconhece o cabimento dos honorários de sucumbência na Reclamação, instituto que possui a mesma natureza jurídica de ação constitucional e cujo procedimento é, em muito, assemelhado ao mandado de segurança, conforme arts. 988 a 993 do CPC. Explanou, com igual lucidez, o referido jurista acórdão (TJ/SP, 5.<sup>a</sup> Câ. Dir. Público, Proc. n. 00002111920188260224, Rel. FRANCISCO BIANCO, publ. 23/07/2018).

RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO

DE SENTENÇA – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE – ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DA SUCUMBÊNCIA - POSSIBILIDADE. 1. Inocorrência do alegado excesso de execução. 2. Possibilidade de arbitramento dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, na fase do cumprimento de sentença, em razão do resultado alcançado no mandado de segurança, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do NCPC, aplicado, subsidiariamente, à Lei Federal n.º 12.016/09. 3. A especialidade da regra do artigo 25 da Lei Federal n. 12.016/09 é restrita à fase de conhecimento do mandado de segurança. 4. Precedentes da jurisprudência do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça. 5. Arbitramento dos honorários advocatícios recursais, a título de observação, nos termos do artigo 85, § 11, do NCPC. 6. Impugnação ao cumprimento de sentença, rejeitada. 7. Sentença, ratificada, inclusive, com relação aos ônus decorrentes da sucumbência. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte executada, desprovido, com observação.

Com o advento do novo Código de Processo Civil o cabimento da fixação de honorários advocatícios nas três fases distintas do processo: fase de conhecimento, fase recursal e fase de cumprimento. Vale dizer que o mandado de segurança é regido por lei especial somente em sua fase de conhecimento. Contudo, a fase recursal e a fase de cumprimento são regidas pelo Código de Processo Civil.

Portanto, a fase de cumprimento de sentença não é rígida pela Lei do Mandado de Segurança, e sim pelo Código de Processo Civil. Sendo que segundo o Código de Processo Civil, os honorários do cumprimento de sentença independem dos honorários da fase de conhecimento.

### 3 Considerações finais

Os reflexos atuais dessa polêmica, acalorados pela divergência no STJ, como não poderia deixar de ser, já vêm se propalando pelas demais Cortes brasileiras, já sendo considerável a quantidade de acórdãos nesse sentido. Isso tudo sem considerar que a efetiva conde-

nação em verba honorária, em sede mandamental, viria a obstaculizar desmandos e abusos de poder pelos representantes do Poder Público, diminuindo, por certo, a quantidade (já absurda) de ações nas prateleiras do Judiciário. Sem dúvida é ato de extrema injustiça ter um cidadão lesado em seu direito líquido e certo, tendo que recorrer à Justiça (o que só é possível através de advogado) e, como se tudo isso não bastasse, tivesse que arcar com o ônus de seu advogado. Ora, configurada e reconhecida judicialmente a ilegalidade ou abusividade do ato estatal, sobreleva ser garantido os honorários do autor cidadão lesado. Afinal já lhe basta o ato lesivo e ilegal que o constrangeu, o seu direito líquido e certo que foi maculado.

#### Referências

- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 1v.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm).
- CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro, Forense, 1980. p. 288.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Honorários de advogado no mandado de segurança condenação do vencido. RDC Vol. 154 n. 6 JulAgo/2000. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_06\\_153.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_153.pdf).
- FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 462 p.
- GOMES DA SILVA, Adhemar. **Sucumbência em mandado de segurança**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 512 p. 304-306.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Honorários advocatícios em mandado de segurança (virtual superação da súmula 512 do STF). *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 29, n.77, p. 110-121, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 69.
- REIS, Maurílio Wagner de Paula. Os honorários na ação de mandado de segurança. *In: Mandados de segurança e de injunção*: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo, Saraiva, 1990. 447 p.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho**: individual e coletivo. São Paulo, Ltr, 2017.

# Mandado de segurança individual e as decisões interlocutórias no processo do trabalho



**Leonardo Henrique Berkembrock**

Advogado. Formado pela Universidade Paranaense (2009), laureado com o título de “Melhor Aluno do Curso de Direito”. Especialista em Direito Civil e Processo Civil; Trabalho e Processo do Trabalho, pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Uniron. Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalho pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Advogado. Fundador e sócio-administrador do escritório de advocacia Dall’Agnol e Berkembrock Advogados Associados. Professor de Direito do Trabalho.

O processo do trabalho é estruturado em diálogo permanente com outras fontes jurídicas de direito processual, ora em caráter de subsidiariedade, ora em caráter de supletividade. A Lei 6.830/80, a Lei 8.078/90 e a Lei 13.105/2015 são exemplos dessa interdisciplinaridade admitida pela própria Consolidação das Leis do Trabalho em determinados casos, e, noutras hipóteses, pela doutrina e pela jurisprudência. Este pequeno estudo dedica-se ao manejo do mandado de segurança individual em face de decisões interlocutórias exaradas em processos de competência da justiça do trabalho.

Para alguns doutrinadores de escol (Leite, 2010, p. 1146; Moraes, 2009, p. 152-153) o mandado de segurança é uma criação do gênio brasileiro. Construído inicialmente pelas mãos da Constituição de 1934, fruto da Revolução de 30 ocorrida no Brasil após Getúlio Vargas ser derrotado por Júlio Prestes na décima segunda eleição presidencial, ocorrida em 1º de março de 1930, em uma década que os países ocidentais foram influenciados pelos princí-

pios e valores consignados em tratados internacionais concebidos pela triste experiência e legado deixados pela Primeira Guerra Mundial, no Brasil, o mandado de segurança nasceu com o propósito de defender direito certo e incontestável, ameaçado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade<sup>1</sup>.

Em sua essência desde sempre o mandado de segurança teve guarida constitucional – à exceção da Constituição de 1937 – com o propósito de instrumentalizar o cidadão com um meio de defesa das suas liberdades contra o Estado, quando não amparadas por *habeas corpus*, e, atualmente, por *habeas data* ou por qualquer espécie de recurso. Trata-se, assim, de ação constitucional, de natureza civil, de caráter repressivo ou preventivo, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato (discricionário ou vinculado) ou omissão praticado por qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (Moraes, 2009, p. 152).

No âmbito infraconstitucional o mandado de segurança foi regulamentado pela Lei 1.533/51, pela Lei 4.348/64, pela Lei 5.021/66 e, contemporaneamente, está disciplinado pela Lei 12.016/2009.

Na Constituição Federal de 1988 o Brasil consolidou o terceiro paradigma de estado – oriundo dos movimentos constitucionais nascidos após o fim da Segunda Guerra Mundial –, conhecido por Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional, fundado na tridimensionalidade: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva

(Delgado; Delgado, 2015, p. 42). As liberdades civis deixam de ser compreendidas apenas como direitos de contenção contra do Estado e passam a ser compreendidas também como direitos de prestação contra este mesmo Estado.

Tamanha a importância do mandado de segurança para a consciência do constituinte originário de 88 que a constituição dedicou os incisos LXIX e LXX do art. 5º para estatuir respectivamente o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo, com a dimensão de direito fundamental individual e coletivo, regulamentados atualmente nos artigos 1º e 21 da Lei 12.016/2009.

A legitimidade ativa do mandado de segurança pertence à pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira e aos entes despersonalizados dotados de capacidade processual, quando titulares de direito líquido e certo não amparados por *habeas corpus* e *habeas data*. No processo do trabalho são exemplificativamente: o trabalhador, o empregado, o tomador dos serviços, o empregador, o espólio e o ministério público do trabalho. A legitimidade passiva, por sua vez, é da autoridade<sup>2</sup> responsável concreta e especificamente pelo ato coator comissivo ou omissivo (Moraes, 2009, p. 156-157). Em processos trabalhistas são exemplificativamente: os juízes do trabalho, os procuradores do trabalho, os auditores fiscais em matéria trabalhista, os desembargadores dos tribunais regionais e os ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

O mandado de segurança deve ser impetrado dentro do prazo decadencial de 120 dias, contados da data do ato coator, excluindo-se na contagem o dia do começo e computando-se o último dia. O art. 5º da Lei 12.016/2009 traz

três incisos cada qual com uma hipótese em que o mandado de segurança não será cabível. São elas: 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; e iii) de decisão judicial transitada em julgado. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 266 para orientar o entendimento jurisprudencial de que não cabe mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, contudo, no MS n. 25.763 o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu que na hipótese em que a lei, em sentido abstrato, afete posições jurídicas de forma imediata, poderá ela ser impugnada em mandado de segurança, relativizando assim o teor da mencionada súmula (Mendes; Branco, 2019, p. 468). No Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 33, há orientação de que não cabe mandado de segurança de decisão transitado em julgado, tendo em vista que o manejo travestiria o uso da ação rescisória.

A competência para processamento e julgamento do mandado de segurança na Justiça do Trabalho é tema tormentoso. A CLT não estabelece nos artigos 652 e 653 a competência funcional e as hipóteses em que os juízes do trabalho poderão julgar e processar o mandado de segurança. A doutrina e a jurisprudência interpretando sistematicamente o inciso IV do art. 114 da Constituição Federal de 1988, em epítome, estabelecem que os juízes do trabalho são funcionalmente competentes para processar e julgar mandado de segurança em face de ato coator praticado por autoridade administrativa dos órgãos de fiscalização das relações do trabalho e das autoridades administrativas integrantes da Administração Pública Indireta.

No âmbito dos tribunais regionais a competência funcional para processar e julgar o mandado de segurança é conferida ao Tribunal Pleno (CLT, art. 678, I, alínea “b”, item 3), entretanto, esta competência é disciplinada pelo regimento interno em razão do sujeito passivo, isto é, em função da autoridade coatora. Cabe, assim, aos Tribunais Regionais processar e julgar o mandado de segurança contra: i) juiz, titular ou substituto, de vara do trabalho; ii) juiz de direito investido na jurisdição trabalhista; iii) desembargador ou órgão do próprio tribunal (Leite, 2010, p. 1146).

**A legitimidade ativa do mandado de segurança pertence à pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira e aos entes despersonalizados dotados de capacidade processual, quando titulares de direito líquido e certo não amparados por *habeas corpus* e *habeas data*.**

No Tribunal Superior do Trabalho a competência para processar e julgar o mandado de segurança também não está definida na Consolidação das Leis do Trabalho, mas na Lei 7.701/88 e no Regimento Interno daquela corte. Compete: i) ao Órgão Especial: julgar mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente ou de qualquer Ministro do



Tribunal, ressalvada a competência das Seções Especializadas ii) à Seção Especializada em Dissídios Coletivos: julgar em última instância os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente do Tribunal ou por qualquer dos Ministros integrantes da seção especializada em processo de dissídio coletivo; iii) à Seção de Dissídios Individuais: julgar originariamente os mandados de segurança de sua competência originária, na forma da lei; iv) à segunda Subseção Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-II: julgar os mandados de segurança contra os atos praticados pelo Presidente do Tribunal, ou por qualquer dos Ministros integrantes da Seção Especializada em Dissídios Individuais, nos processos de sua competência.

Com a emenda constitucional n. 45/2004 a competência da justiça do trabalho foi ampliada substancialmente e o processo do trabalho teve de adaptar-se às inúmeras pretensões individuais e coletivas que lhe foram submetidas. No mesmo ritmo e proporção em que a competência jurisdicional trabalhista foi alargada aumentou a demanda por decisões liminares, tutelas antecipadas, tutelas cautelares, e, atualmente, pela denominada tutela provisória de urgência disciplinada pela Lei 13.105/2015, concedidas em muitos casos através de decisões interlocutórias. Até então, as decisões liminares, de natureza interlocutória, concebidas pela CLT eram apenas aquelas previstas nos incisos IX e X do art. 659, respectivamente destinadas a tornar sem efeito a transferência do empregado que acarretasse mudança de domicílio ou reintegrar ao trabalho dirigente sindical detentor de estabilidade no emprego.

Em contrapartida, o processo do trabalho – desde a edição do Decreto-lei n. 8.737, de 19 de janeiro de 1946 que deu nova redação ao § 1º do art. 893 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>3</sup> – é edificado sob a regra processual geral de que as decisões interlocutórias são irrecorríveis. Aqui está o *busílis*: compatibilizar o referido dispositivo celetista com a proteção do 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, contida no art. 1º da Lei 12.016/2009.

Contemporaneamente, em razão da amplitude da regra prevista no art. 1º da Lei 12.016/2009 para o cabimento do mandado de segurança individual o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante é o de que fora das hipóteses tratadas no art. 5º da referida lei o mandado de segurança é cabível contra todo e qualquer ato coator de natureza administrativa ou judiciária, desde que não haja outro instrumento processual previsto em lei para atacar o ato ou a decisão coatora<sup>4</sup>. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reproduzida na Súmula 414:

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (nova redação em decorrência do CPC de 2015) - Res. 217/2017 - DEJT divulgado em 20, 24 e 25.04.2017. I – A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável

mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015. II – **No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.** III – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnavam a concessão ou o indeferimento da tutela provisória. (grifo nosso)

O cabimento do mandado de segurança, portanto, é residual. Toda e qualquer decisão interlocutória proferida na justiça do trabalho,

quando coatora e violadora de direito líquido e certo cuja titularidade e aparência possa ser demonstrada por prova pré-constituída, desafia a impetração de mandado de segurança.

A título de exemplo, oportuna a Orientação Jurisprudencial n. 98 da SBDI-II do Tribunal Superior do Trabalho, sufragando o cabimento do mandado de segurança contra decisão interlocutória que exige o depósito prévio de honorários periciais para realização de perícia requerida pela parte.

Conclui-se, assim, que o mandado de segurança não tem natureza recursal e não pode ser manejado como um sucedâneo recursal<sup>5</sup>. Trata-se de uma ação constitucional destinada à tutela das liberdades daquela pessoa física ou jurídica que diante de um ato ou uma decisão coatora não encontra no ordenamento jurídico amparo específico sobre o instrumento adequado, útil e necessário para tutela de determinado direito líquido e certo violado.

#### Notas

- <sup>1</sup> Cf. “Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...). 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”
- <sup>2</sup> Cf. “Embora destinado à defesa de direitos contra atos de autoridade, a doutrina e a jurisprudência consideram legítima a utilização do mandado de segurança contra ato praticado por particular no exercício de atividade delegado pelo Poder Público.” (Mendes; Branco, 2019, p. 467).
- <sup>3</sup> Cf. “Art. 893 – Das decisões são admissíveis os seguintes recursos: (...). § 1º – Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.”
- <sup>4</sup> Cf. OJ n. 92. TST. SBDI-II.92. MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO (inserida em 27.05.2002) Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido.

- <sup>5</sup> Cf. OJ n. 99. TST. SBDI-II. MANDADO DE SEGURANÇA. ESGOTAMENTO DE TODAS AS VIAS PROCESSUAIS DISPONÍVEIS. TRÂNSITO EM JULGADO FORMAL. DESCABIMENTO (inserida em 27.09.2002). Esgotadas as vias recursais existentes, não cabe mandado de segurança.

#### Referências

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 14 jun. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana e justiça social do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

# Mandado de segurança

– efeitos financeiros e submissão ao regime de precatórios contra ato de redução de vantagem de servidor público



**Marianne Almeida e Vieira de Freitas Pereira**

Advogada formada em 2002, pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale de São Paulo. Especialista em Direito Ambiental, Agrário e Urbanístico pela Faculdade Unisc, de Santa Cruz do Sul. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Legale de São Paulo.

## Sumário

1. Introdução
2. Questão controvertida e a jurisprudência dos Tribunais Superiores
3. Considerações finais

### **1** Introdução

O mandado de segurança, ação de índole constitucional, que tem por fim proteger o cidadão dos atos ilegais ou cometidos com abuso de autoridade, nos termos do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, que dispõe que “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”.

José Afonso da Silva (2000) conceitua o mandado de segurança como sendo “um remédio constitucional, de natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito

líquido e certo, ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público”.

Em razão de tais especificidades, o mandado de segurança pode ser considerado uma das ações judiciais mais rápidas no sistema processual brasileiro, pois conta com prova pré-constituída e não há dilação probatória, salvo se houver documentos inacessíveis a serem solicitados com a inicial.

Tal remédio constitucional é amplamente utilizado por servidor público com o fim de cominar obrigação de fazer à Fazenda Pública relativo a vencimentos e vantagens pecuniárias, dentre outros.

A questão aqui a ser tratada se refere aos efeitos financeiros e à discussão sobre a natureza jurídica de obrigação decorrente de mandado de segurança concedida ao servidor público contra a Fazenda Pública – se as parcelas devem ser pagas por meio de precatórios ou de folha suplementar.

## **2** Questão controvertida e a jurisprudência dos tribunais superiores

Na doutrina e na jurisprudência, a discussão acerca dos efeitos financeiros do mandado de segurança contra ato de redução de vantagem de servidor público apresenta grande intriga.

Há dois períodos a se considerar com relação como o tema e tratado, quais sejam: 1. As parcelas que se venceram antes do ajuizamento da ação e; 2. Os valores compreendidos entre a data da impetração do mandado de segurança e a concessão da ordem.

A questão controversa seria a obrigação da Fazenda Pública a pagar tais valores por meio de folha suplementar ou se em tais situações é imprescindível a expedição de precatório.

Com relação ao pagamento das parcelas que se venceram antes do ajuizamento da ação, conforme redação das súmulas 269 e 271, ambas do STF, respectivamente, “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” e “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

**...o mandado de segurança pode ser considerado uma das ações judiciais mais rápidas no sistema processual brasileiro, pois conta com prova pré-constituída e não há dilação probatória, salvo se houver documentos inacessíveis a serem solicitados com a inicial.**

Também nesse sentido, o artigo 14, § 4º, da Lei 12.016/09, que incorporou o entendimento jurisprudencial sumulado: “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 muni-

cial somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”.

Assim, era praticamente pacífico o entendimento de que o mandado de segurança não poderia impor o pagamento das parcelas vencidas antes da ação mandamental, cabendo ao interessado ingressar com uma ação pelo procedimento comum.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 1.164.514-AM, publicado em 25.02.2016, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Informativo 578) decidiu que a exigência do ajuizamento de nova ação “(...) não apresenta nenhuma utilidade prática e atenta contra os princípios da justiça, da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo, além de estimular demandas desnecessárias e que movimentam a máquina judiciária, consumindo tempo e recursos públicos, de forma completamente inútil, inclusive honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência”.

Já em relação ao período que trata das parcelas devidas entre a data da impetração e da concessão, pode-se dizer que tanto o STF quanto o STJ possuem o mesmo entendimento, ou seja, de que o pagamento deve ser feito na forma do rito dos precatórios. Observe-se:

O pagamento dos valores devidos pela Fazenda Pública entre a data da impetração do mandado de segurança e a efetiva implementação da ordem concessiva deve observar o regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal.” (RE 889173 RG, Relator(a):

Min. LUIZ FUX, julgado em 07/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015)

No mandado de segurança impetrado por servidor público contra a Fazenda Pública, as parcelas devidas entre a data de impetração e a de implementação da concessão da segurança devem ser pagas por meio de precatórios, e não via folha suplementar. Destaca-se, inicialmente, que a jurisprudência das Turmas da Primeira Seção do STJ se firmou no sentido de que, no mandado de segurança impetrado por servidor público contra a Fazenda Pública, não se aplica o rito dos precatórios (arts. 100 da CF e 730 do CPC) às verbas devidas entre a data de impetração e a de implementação da concessão da segurança, devendo esses valores serem pagos mediante inclusão em folha suplementar, diante da natureza mandamental da decisão concessiva (AgRg no AREsp 360.999-GO, Primeira Turma, DJe 9/6/2015; AgRg no REsp 1.247.993-AM, Segunda Turma, DJe 24/4/2015).

(...) O STF, no entanto, ao apreciar o RE 889.173-MS (DJe 17/8/2015), reconheceu a repercussão geral da matéria e julgou-a de maneira diversa da firmada pelo STJ, tendo o Min. Rel. Luiz Fux, na ocasião, exarado que: “os pagamentos devidos pela Fazenda Pública estão adstritos ao sistema de precatórios, nos termos do que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal, o que abrange, inclusive, as verbas de caráter alimentar, não sendo suficiente a afastar essa sistemática o simples

fato de o débito ser proveniente de sentença concessiva de mandado de segurança”. Portanto, imperiosa a aplicação do entendimento firmado pelo STF à hipótese. (REsp 1.522.973-MG, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 4/2/2016, DJe 12/2/2016.)

### **3 Considerações finais**

No artigo apresentamos breve explanação acerca dos efeitos financeiros do mandado de segurança, quando há necessidade ou não de

submissão ao rito dos precatórios em caso de ação ajuizada por servidor público.

Conforme explanado, pode-se concluir que, em relação às parcelas que se venceram antes do ajuizamento da ação, prevalece o entendimento de que deve ser cobrado pelas vias ordinárias (apesar da jurisprudência em sentido contrário da Corte Especial do STJ), e no que tange às parcelas vencidas no decorrer do mandado de segurança, entre o ajuizamento da ação e implementação da ordem concessiva, a execução deve observar o regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

#### **Referências**

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMIDES, Geandré. **Efeitos patrimoniais do mandado de segurança: inovações**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32273/efeitos-patrimoniais-do-mandado-de-seguranca-inovacoes>

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 810 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo, Malheiros, 2000.



**Everton Alexandre Reis**

Advogado. Formado pela União das Escolas Superiores de Rondônia (Uniron), Especialista em Direito Processual Civil e Direito Consumerista. Sócio-proprietário da banca de advogados Maldonado & Souza Advogados.



**Lucas Brandalise Machado**

Advogado. Formado pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Especialista em Direito Trabalho e Processual do Trabalho. Sócio-proprietário da banca de advogados Maldonado & Souza Advogados.



**Márcia Yumi Mitsutake**

Advogada. Formada pela Faculdade de Rondônia (FARO). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Assessorã jurídica e advogada do Sindicato dos Trabalhadores da Empresa de Correios e Telégrafos em Rondônia – SINTECT/RO. Sócia-proprietária da banca de advogados Maldonado & Souza Advogados.

# Mandado de segurança coletivo: a legitimidade extraordinária sindical como instrumento de efetivação de direitos fundamentais

## Sumário

1. Introdução
2. Atuação e estruturação sindical, ontem, resumo
3. Hoje e amanhã?
4. Legitimidade extraordinária, um direito fundamental para efetivação e tutela de direitos
5. Mandado de segurança coletivo, viabilidade, técnica e utilização pelas entidades sindicais
6. Considerações finais

## **1** Introdução

A legitimidade extraordinária atribuída a entidades sindicais foi concebida pelo art. 8º, III da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de fortalecer e facilitar a defesa dos interesses e direitos dos trabalhadores frente a eventuais ameaças ou lesões perpetradas por



minorias que por serem detentoras de poder econômico e político, tendem a sobrepor os seus interesses a todo custo. Essa legitimação é, portanto, fruto de uma verdadeira conquista histórica do proletariado que após anos de submissão a condições de trabalho degradantes, descobriram que a unidade da categoria seria e permanece sendo ferramenta indispensável para evitar o retrocesso social.

No que lhe concerne, no aspecto prático, a atribuição de legitimidade extraordinária às entidades sindicais, possibilita ampla atuação e acesso praticamente irrestrito a todos os instrumentos jurídicos colocados à disposição pela Constituição Federal de 1988, dentre eles, o mandado de segurança coletivo, cuja técnica e viabilidade serão discutidas aqui.

## **2 Atuação e estruturação sindical, ontem, resumo**

Este artigo analisa a possibilidade de utilização do mandado de segurança coletivo pelas entidades sindicais e as vantagens que esse remédio constitucional poderá trazer quando devidamente utilizado. O exame do problema demonstra que as ameaças e lesões aos direitos do proletariado continuam acontecendo e demandando uma atuação cada vez mais célere e eficaz por parte das entidades sindicais.

## **3 Hoje e amanhã?**

Historicamente a atuação do movimento sindical encontra-se precedida de resistência, luta e conflitos na defesa dos interesses de categorias que apesar de numericamente superiores encontram-se reféns de condicionantes políticas e econômicas que evidenciam

as discrepâncias existentes entre a classe proletária e a capitalista.

A divisão entre a classe proletária e a capitalista tornou-se mais acentuada a partir de meados do século XVIII, durante a revolução industrial, visto que os ideais liberais da época e o abandono do trabalho no campo, implicaram respectivamente na não interferência estatal e no excesso da oferta de mão de obra para os parques industriais ingleses.

Esses fatores fizeram com que os empresários da época enxergassem os seus trabalhadores como um mero meio de produção, ou seja, indivíduos que literalmente trocavam a força do seu trabalho e aceitavam a submissão a jornadas excessivas com carga horária média de 16 (dezesseis horas) e pausa de 30 (trinta) minutos para o almoço, em condições precárias, em troca de um mísero salário cuja fixação/tabelamento também ficava a critério do empregador.

Apesar da constante precarização das condições de trabalho, os trabalhadores, em sua maioria, encontravam-se reféns de seus empregadores, que frequentemente faziam questão de demitir aqueles que porventura quisessem desafiar o seu poder.

Anos mais tarde, a manutenção das péssimas condições de trabalho, a baixa expectativa de vida e a ínfima remuneração fizeram com que os trabalhadores identificassem na sua unidade, uma ferramenta fundamental para o enfrentamento/coalizão em face do detentor do capital (empresário), surgindo, portanto, o embrião das entidades sindicais que hoje conhecemos.

No Brasil, segundo as lições do saudoso professor Amauri Mascaro Nascimento, "O direito sindical tem uma trajetória que revela clara-

mente quatro fases marcadas por características distintas, o anarcossindicalismo, o corporativismo sindical, o sindicalismo autônomo e a reforma sindical projetada em 2004”.

Dentre essas fases, merece destaque especial a do sindicalismo autônomo, que ganhou o devido status jurídico somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, doutrinariamente considerada como “a constituição cidadã” e que encartou medidas amplas e fundamentais para o fortalecimento das entidades sindicais, dentre elas: a) o direito de organização sindical e a liberdade sindical; b) a manutenção do sistema confederativo com os sindicatos, federações e confederações; c) a unicidade sindical com a autodeterminação das bases territoriais; d) a livre criação de sindicatos sem autorização prévia do Estado; e) a livre administração dos sindicatos, vedada a interferência ou intervenção do Estado; f) adoção de garantias aos dirigentes sindicais, vedada a dispensa imotivada; g) direito de negociação coletiva; h) direito de greve; j) legitimação extraordinária para substituição dos filiados.

As medidas supracitadas conferem as entidades sindicais a força necessária para representar e defender os interesses do proletariado em face das frequentes investidas do capital e de políticas públicas dissonantes do ideal constitucional e que tendem a flexibilizar/precarizar as condições de trabalho ou até mesmo suprimir direitos devidamente incorporados ao patrimônio dos trabalhadores, v.g: a) reforma trabalhista; b) reforma previdenciária; c) reforma administrativa, entre outros.

É, portanto, nesse cenário de incertezas, ameaças e de reiteradas violações aos direitos do trabalhador, que as entidades sindicais estão sendo frequentemente demandadas

para atuar contra essas ameaças e lesões aos direitos da categoria.

#### **4 Legitimidade extraordinária, um direito fundamental para efetivação e tutela de direitos**

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu Título II os direitos e garantias, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

A atribuição de legitimidade extraordinária aos sindicatos está prevista no art. 8, inciso III, da Constituição Federal de 1877, segundo a qual cabe ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Segundo preceitua o professor Hermes Zaneti Jr. (2016), a legitimidade extraordinária ocorre quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade é de outro sujeito, ou seja, à parte, no caso específico, a entidade sindical, pode ingressar com ação judicial tanto na esfera administrativa quanto na judicial e solicitar direito de isoladamente sem a exigência de formação de litisconsórcio.

O constituinte de 1988 concedeu essa atribuição às entidades sindicais com o objetivo de assegurar que qualquer ameaça ou lesão a direito de um indivíduo, ou grupo pudesse ser devidamente enfrentada, independentemente do requerimento do prejudicado, visto que a história já demonstrou em diversas oportunidades que a força do capital tende a constranger e até mesmo a silenciar o empregado.

Para entendermos a importância de legitimidade extraordinária, imaginemos o seguinte: você vive em um país onde inexistente lei dispendo sobre o salário-mínimo, férias, fixação da jornada máxima de trabalho, intervalos, inexistente sindicato e o número de pessoas desempregadas é elevadíssimo e o seu empregador decide aumentar a sua carga horária de trabalho de 8 (oito) para 14 (catorze) horas diárias, o que você faria? Enfrentaria o seu patrão e correria o risco de perder o seu posto de trabalho ou aceitaria as condições por ele impostas?

**...cabe ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.**

Trata-se, portanto de uma legitimidade ampla e que apresenta 03 (duas) facetas, sendo: a) **inibitória**, dado que a propositura de ação judicial independe de autorização do trabalhador que na maioria das vezes encontra-se em situação de hipossuficiência e não apresenta reclamação por medo de demissão; b) **repressiva**, pois possibilita o acesso a todos os meios administrativos e judiciais para repressão e restabelecimento dos direitos vilipendiados; c) **social**, tendo em vista que democratiza o acesso do proletariado ao Poder Judiciária.

Assim, constatada a existência de ameaça ou lesão aos direitos do trabalhador, a diretoria da entidade sindical e sua respectiva assessoria

jurídica deverão sopesar as hipóteses e a viabilidade de utilização de cada um dos meios legais existentes, dentre eles, a possibilidade de impropriação do mandado de segurança coletivo.

## **5 Mandado de segurança coletivo, viabilidade, técnica e utilização pelas entidades sindicais**

O mandado de segurança coletivo foi introduzido pelo art. 5, inciso LXX da Constituição de 1988 e regulamentado pelo art. 21 e seguintes da Lei nº 12.016/2009, **diferenciando-se do mandado de segurança individual em seu objeto e na legitimação ativa.**

Quanto ao objetivo do mandado de segurança coletivo, Pedro Lenza afirma que:

Com o mandado de segurança coletivo, visa-se a proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas ‘corpus’ ou habeas data, contra atos ou omissões ilegais, ou com abuso de poder de autoridade, buscando **a preservação ou reparação de interesses transindividuais, sejam os individuais homogêneos, sejam os coletivos.** (grifo nosso)

O Código de Defesa do Consumidor classifica os direitos/interesses individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum (fato e fundamento) e da atividade da totalidade ou membros, enquanto os direitos coletivos, são de natureza indivisível de titularidade de grupo ou categoria de pessoas que estejam ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A segunda peculiaridade na utilização do mandado de segurança coletivo encontra-se

na **taxatividade dos legitimados ativos**, sendo aqueles inseridos no art. 5, inciso LXX, alíneas a) e b) da CF/88, no caso: (i) o partido político com representação no Congresso Nacional; (ii) **a organização sindical**; (iii) a entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados.

Nesse contexto, é importante destacar que além dos pressupostos específicos supracitados, também deverão estar presentes os requisitos gerais, como: a) ato ilegal ou praticado com abuso de poder causando lesão ou ameaça de lesão a direito; b) autor do ato deve ser autoridade ou agente no exercício de atribuições do Poder Público; c) o direito lesado ou ameaçado deve ser direito líquido e certo; d) não cabimento de habeas 'corpus' ou habeas data.

Com efeito, a opção pelo mandado de segurança coletivo deverá ocorrer quando a entidade sindical tiver condições de demonstrar já no momento da protocolização da inicial, a liquidez e a certeza do direito violado ou sob risco de violação, no caso, através de **amplo e organizado bojo probatório, caso contrário, deverá optar por uma via que oportunize a produção de provas de maneira mais ampla.**

Por último, mencionam-se as seguintes particularidades técnicas para a elaboração deste remédio constitucional: a) não há necessidade de incluir na petição inicial os nomes de todos os filiados ou associados; b) a análise da situação individual de cada beneficiário será realizada na execução da sentença; c) a liminar no

mandado de segurança coletivo só poderá ser concedida após a audiência de representação judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Trata-se, portanto, de uma verdadeira garantia constitucional colocada à disposição das entidades sindicais para a tutela de direitos fundamentais que são constantemente negligenciados.

## 6 Considerações finais

Em razão das circunstâncias analisadas nos itens supracitados, torna-se evidente que a inserção das entidades sindicais no rol taxativo de legitimados extraordinários para a impetração do mandado de segurança coletivo é uma conquista social e histórica do proletariado e que deve e tende a ser mais utilizada pelos sindicatos, principalmente para preservar e reparar interesses transindividuais (individuais homogêneos ou coletivos) violados ou sob risco de violação com a celeridade e o vigor necessários.

Por último, os autores esclarecem que o presente artigo não foi elaborado com a pretensão de esgotar as discussões inerentes a legitimidade extraordinária conferida aos sindicatos e a utilização do mandado de segurança coletivo, mas com o intuito de demonstrar a importância da legitimação extraordinária e a viabilidade de utilização do mandado de segurança coletivo na tutela de direitos do trabalhador.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual coletivo**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

# O mandado de segurança como ação autônoma impugnativa: a decisão irrecorrível



## Vinicius Silva Lemos

Advogado. Pós-doutorando em Processo Civil pela UERJ. Doutor em Processo Civil pela Unicap. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Especialista em Processo Civil pela FARO. Professor de Processo Civil na FARO e na Uniron. Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia (IDPR). Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (Annep). Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo (Ceapro). Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

## Sumário

1. Conceito
2. Admissibilidade e legitimidade
3. Competências
4. Hipóteses de cabimento
5. Processamento do mandado de segurança

### 1 Conceito

O mandado de segurança é uma ação na esfera cível, com rito determinado em lei especial, com o intuito de resguardar direito líquido e certo, quando não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra autoridade pública que realizar algum ato de ilegalidade ou abuso de poder com coação aos direitos do cidadão<sup>1</sup>. Quando houver um ato de responsabilidade por um agente público, culminando em uma ofensa a direito de cidadão, o meio para correção ou prevenção do seu direito é o *mandado de segurança*<sup>2</sup>.

A decisão proferida em mandado de segurança tem *caráter mandamental*.

O mandado de segurança tem aplicabilidade própria contra qualquer ato de qualquer autoridade, desde que se comprove a indicação de

coação a direito líquido e certo. Enquadrando o Poder Judiciário como uma autoridade pública, todo magistrado, de forma monocrática ou colegiada, tem uma autoridade que exerce na sua atividade judicante. Entretanto, em regra, qualquer abuso realizado em ato judicial, o meio indicado para a impugnação de tal ato é a via recursal, como modo típico ou até ação rescisória como ação autônoma.

Dessa feita, como o mandado de segurança entra como hipótese de utilização contra atos judiciais? A resposta será quando os atos judiciais forem irrecuráveis ou quando o recurso previsto em lei não for suficiente, por si só, para evitar lesão a direito.

Essa possibilidade de impetrar um mandado de segurança com a finalidade de impugnar decisões judiciais inaugura procedimento, em processo totalmente diferente daquele em que a decisão é impugnada, uma autêntica ação autônoma de impugnação. Não substitui nenhum recurso, pelo fato de atuar quando esse não for cabível ou não conseguir produzir um determinado efeito.

Nesse caso, o mandado de segurança contra decisão judicial sempre tem caráter excepcional, com a sua utilização vedada se houver recurso pertinente que garanta a impugnação integral do ato.

Não se pode utilizar o *mandado de segurança como substitutivo de um recurso existente*.

Seja na possibilidade de decisão irrecurável por ausência de disposição legal sobre a sua recorribilidade ou um recurso que não tem possibilidade de efeito suspensivo, contudo há uma evidente lesão a direito líquido e certo.

São casos restritos, com a necessidade de parcimônia em sua utilidade processual.

## 2 Admissibilidade e legitimidade

Para sua admissibilidade, diante da necessidade de assegurar o direito líquido e certo, quando de sua impetração, todas as provas do ato da coação devem já instruir a inicial, com a necessidade de comprovação de plano, com toda a sua argumentação.

Os mesmos requisitos constantes de uma petição inicial, em um processo de conhecimento, são necessários, pelo simples fato de ser uma inicial como qualquer outra, inaugurando uma nova demanda. O interesse para utilização do mandado de segurança como uma ação autônoma de impugnação de decisão judicial é da parte prejudicada pela decisão que se pretende impugnar.

O Ministério Público tem legitimidade para a interposição do mandado de segurança com viés de ação autônoma de impugnação, por ser subsequente da sua legitimidade para a interposição recursal, somente transferindo para o enquadramento da ação autônoma. Seguindo a mesma lógica, os terceiros prejudicados por aquela decisão também são legítimos para impetrar o mandado de segurança.

A legitimidade passiva, nesse caso de utilização do mandado de segurança como meio de impugnação, é o juízo que proferiu a decisão a ser impugnada. Esse juízo, como uma autoridade pública, no exercício de suas funções judicantes, exerce também atribuições do Poder Público. Diante da normalidade, os atos devem ser impugnados via recursos, somente em hipóteses excepcionais que se utilizam as ações autônomas, como o mandado de segurança.

No entanto, para a própria viabilidade do mandado de segurança o processo da deci-

são impugnada não pode estar transitado em julgado.

Essa ação não tem o condão de modificar a coisa julgada, necessitando do prosseguimento do feito no processo originário, para posterior análise do mandado de segurança, o seu resultado, o impacto na decisão no processo. Há a necessidade de impetrar o mandado de segurança, o mais breve possível, para utilizar como forma de prazo, o mesmo que seria para o recurso pertinente que o mandado faz às vezes.

Mesmo com o prazo decadencial do mandado de segurança de 120 dias da ciência do ato impugnado, como a utilização do mesmo passa por um sentido de ação autônoma de impugnação de decisão judicial, há a necessidade conjunção de impossibilitar o trânsito em julgado na ação a qual se impugna a decisão e a utilização do mandado dentro do seu prazo decadencial<sup>5</sup>

### **3** Competências

O endereçamento do mandado de segurança com o intuito de impugnação de uma decisão judicial depende justamente de qual autoridade coatora realizou o ato. O Tribunal que detém a competência para conhecimento e julgamento do recurso, aquele que o mandado de segurança substitui como ação autônoma de impugnação, é o competente para o julgamento do mandado de segurança.

Se a decisão for de um juiz de primeiro grau, o Tribunal de Justiça Estadual ou o Regional Federal, hierarquicamente superior a esse juízo, é competente para o julgamento deste mandado de segurança.

Difícilmente, sobre a decisão de um Tribunal caberia o mandado de segurança, pela pluralidade de recurso e, inclusive, a generalidade que o agravo interno tem sobre as decisões monocráticas do presidente, vice-presidente ou do relator.

No caso em que não couber de decisão monocrática, um recurso possível, o mandado de segurança, daquela decisão prolatada somente pelo relator, será cabível para o colegiado pertinente para o julgamento daquela decisão monocrática, ou seja, a turma ou câmara, se for do relator e, caso do pleno ou órgão especial, se for do presidente ou vice-presidente.

Se a decisão a ser impugnada não for a do relator, mas a da câmara/turma ou qualquer outro colegiado fracionário, sendo uma decisão colegiada, a competência seria do Tribunal Superior subsequente, pelo fato da prestação jurisdicional ali ter se encerrado.

Na hipótese do mandado de segurança impugnando decisão de primeiro grau de Juizado Especial Cível, a competência é da turma recursal, de acordo com Súmula n. 376 do STJ<sup>3</sup>.

### **4** Hipóteses de cabimento

Para o cabimento do mandado de segurança para impugnação de uma decisão judicial, antes de tudo, há de se verificar que esse, como já vimos, não substitui recurso. Se na ação há recurso a ser interposto, não há interesse de agir para impetrar um mandado de segurança.

A utilização do mandado de segurança nessa situação é hipótese estritamente excepcional, não uma mera substituição recursal. Quando



não houver recurso cabível ou este não consigne contemplar todo o direito almejado, é passível do mandado de segurança<sup>4</sup>.

Na hipótese de não existir um recurso cabível, como, por exemplo, em decisão interlocutória em que não estiver enquadrado nos incisos do art. 1.015 do CPC, portanto não cabendo a interposição de agravo de instrumento, se a parte entender que há violação a direito líquido e certo, com prejuízo e urgência, o mandado de segurança seria viável para almejar aquilo que a parte não tem como conseguir com o agravo de instrumento. Mesmo com a lei estipulando a irrecurribilidade imediata via agravo de instrumento daquela decisão, se cercear direito líquido e certo, cabível a ação autônoma de impugnação<sup>5</sup>.

Mas, uma dúvida pertinente: *as decisões não agraváveis pela forma instrumental são irrecuráveis?* De acordo com o art. 1.009, § 1º do CPC, a apelação é o recurso cabível para a interposição de impugnação às decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento. Se o juízo competente do julgamento de eventual mandado de segurança entender pela necessidade de irrecurribilidade da decisão a ser impugnada desse modo, essas decisões são irrecuráveis, não cabendo a viabilidade do mandado de segurança para tanto.

Todavia, há a possibilidade de se entender que não há a recorribilidade naquele momento, autorizando a interposição do mandado de segurança por essa ausência de recorribilidade imediata<sup>6</sup>.

Impugnado nesta via transversa não pode estar com a escolha pela não preclusão das matérias oriundas de decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento e a sua rediscussão somente em eventual recurso ou

contrarrazões posteriores à sentença criou um limbo processual, uma dificuldade de manter uma decisão incólume sem recorribilidade imediata, com efeitos imediatos. Evidente que as partes que imaginarem uma necessidade urgente de impugnação não aguardarão, processualmente, a apelação, mesmo com a impossibilidade do agravo de instrumento, intentando mandado de segurança para suscitar, imediatamente, a questão ao Tribunal, voltando aos idos processuais do século passado.

Um evidente retrocesso.

## **O Ministério Público tem legitimidade para a interposição do mandado de segurança com viés de ação autônoma de impugnação...**

Mesmo sem a previsão legal, a remessa da recorribilidade para um momento posterior causará para a parte prejudicada a busca por uma saída, ao que leva optar pelo mandado de segurança, o que “não tenho dúvida em afirmar que a retirada da recorribilidade imediata das interlocutórias que não estejam elencadas no rol do art. 1.015 irá ser um novo ponto de análise em relação ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, tendo em vista o fenômeno da irrecurribilidade imediata” (Araújo, 2017, p. 372).

Entretanto, para a possibilidade de utilização do mandado de segurança para impugnar a decisão judicial, o processo configuração

do trânsito em julgado. A parte interessada ao impetrar o mandado de segurança deve diligenciar para que a ação não transite em julgado, tomando as medidas possíveis e cabíveis para manter o trâmite, sem a formação da coisa julgada.

Uma vez transitado em julgado o processo, o mandado de segurança não tem mais utilidade processual para a impugnação da decisão judicial, pela imutabilidade da coisa julgada.

Outro exemplo de decisão irrecurável são as decisões de primeiro grau dos juizados especiais, não comportando a interposição do agravo de instrumento. Cabe, de igual forma, impetrar mandado de segurança contra decisões do juizado especial cível.

A outra hipótese de cabimento do mandado de segurança tem aplicabilidade mais restrita, na hipótese de um recurso cabível para aquela situação não ter a possibilidade de suspender a decisão, a parte entraria com o recurso e, paralelamente, o mandado de segurança, este somente para a concessão do efeito suspensivo, não para uma impugnação total da decisão, somente com o intuito específico em suspender a eficácia da decisão.

A utilização do mandado de segurança para a concessão do efeito suspensivo perde a sua força, pelo advento do CPC/2015, pelo fato de que é amplamente cabível a possibilidade judicial de concessão do efeito suspensivo em pedido no próprio recurso. Entretanto, se no cotidiano de aplicabilidade do CPC/2015, alguma situação processual recursal enquadrar-se em hipótese idêntica, não há óbice para impetrar um mandado de segurança para a concessão de efeito suspensivo.

## 5 Processamento do mandado de segurança

O mandado de segurança é protocolado no Tribunal competente, a princípio, direcionado para a presidência para a distribuição, seja para escolha do órgão colegiado, como do relator pertinente ao caso. O relator é responsável pela análise da liminar pleiteada para a concessão da segurança, se configurados os requisitos da petição inicial e presente os pressupostos do *fumus boni iures* e o *periculum in mora*.

De outro modo, pode ser indeferida, quando não houver o cabimento do mandado de segurança para aquela questão ou não cumprir os requisitos, intime-se para a emenda da inicial, quando possível. Analisada a liminar, com a concessão ou denegação da segurança, a autoridade coatora, no caso, o juízo da decisão impugnada, é notificada para prestar informações sobre o ato coator, a decisão judicial impugnada, com prazo de dez dias.

Ultrapassado o prazo para as informações, com ou sem a sua apresentação, o processo é remetido ao Ministério Público, salvo quando este for o impetrante, para manifestação também no mesmo prazo de dez dias. O processo está pronto para o julgamento pelo colegiado competente, com a inclusão na pauta a requerimento do relator, de acordo com a ordem dos pedidos de pauta.

O acórdão proveniente do julgamento deste mandado de segurança, principalmente em caso de concessão da segurança, tem natureza mandamental, podendo, desde logo, ser executado provisoriamente ou manter o cumprimento se a liminar foi concedida e devidamente cumprida.

A decisão colegiada do mandado de segurança é impugnável via recurso, nessa modalidade de impugnação de decisão judicial, o julgamento resulta em um acórdão, que dependendo do órgão competente prolator, cabe um recurso diferente. Se o acórdão for do colegiado do Tribunal de Justiça Estadual ou Regional Federal, os recursos possíveis são, em caso de concessão da segurança, o recurso especial para o STJ, quando houver ques-

tão federal para tal ou recurso extraordinário para o STF, em questão constitucional. Se esse mesmo Tribunal negar a segurança, é possível o recurso ordinário para o STJ.

Em instância superior, se órgão colegiado do STJ for o prolator do acórdão do mandado de segurança, será concedida a segurança, recurso extraordinário para o STF, com a necessidade da questão constitucional e, no caso de negativa da segurança, recurso ordinário para o STF.

#### Notas

- <sup>1</sup> “Mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus nem Habeas Data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder” (Di Pietro, 1999, p. 612).
- <sup>2</sup> “O Estado como organização sociojurídica do poder não deve lesar os direitos dos que se acham sob a sua tutela, respeitando, conseqüentemente, a lédima expressão desses mesmos direitos, por via da atividade equilibrada e sensata dos seus agentes, quer na administração direta, quer no desenvolvimento do serviço público indireto.” (Moraes, 2000, p. 154).
- <sup>3</sup> Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.
- <sup>4</sup> Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.
- <sup>5</sup> “Primeiro, firmada a premissa de que a decisão é mesmo irrecurável, de que padece de ilegalidade e de que é apta a gerar dano antes que o recurso seja apreciado pelo colegiado naturalmente competente, não há como negar o cabimento do mandado de segurança. Isso não é vedado pela lei e, pelo contrário, ajusta-se a seus escopos e fundamentos.” (Yarshell, 2021).
- <sup>6</sup> “Essa restrição de recorribilidade imediata irá gerar, como a ampliação do efeito devolutivo do recurso de apelação e possibilidade da discussão quanto ao cabimento de MS em decorrência da inexistência de recurso contra as situações não previstas no art. 1.015” (Araújo, 2017, p. 372).

#### Referências

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 372
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 612
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 154
- YARSELL, Flávio Luiz. **Mandado de segurança contra decisão do relator que nega ou concede efeito suspensivo (ou antecipação de tutela) em agravo de instrumento**. Disponível em: [www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mandado-de-seguranca-contra-decisao-do-relator-que-nega-ou-concede-efeito-suspensivo-ou-antecipacao-de-tutela-emagravo-de-instrumento/12611](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/mandado-de-seguranca-contra-decisao-do-relator-que-nega-ou-concede-efeito-suspensivo-ou-antecipacao-de-tutela-emagravo-de-instrumento/12611).

# O mandado de segurança como controle jurisdicional do ato administrativo



**Denise Cruz Rocha**

Advogada. Especialista em Direito Constitucional e Tributário. Especialista pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Público, com ênfase em defesas de processos administrativos disciplinares e direito administrativo, licitações, contratos administrativos e servidores públicos. MBA em Direito Civil Processual Civil pela FGV. Sócia do Escritório Cruz Rocha Sociedade de Advogados em Porto Velho-RO.



**Valnei Cruz Rocha**

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário. Especialista em Direito Público, com ênfase em tribunais de contas e direito administrativo, licitações, contratos administrativos e servidores públicos. MBA em Direito Civil e Processual Civil pela FGV. Sócio do Escritório Cruz Rocha Sociedade de Advogados em Porto Velho-RO.

## Sumário

1. Introdução
2. Os atos administrativos
3. A teoria dos motivos determinantes

## 1 Introdução

O mandado de segurança é mecanismo constitucional de tutela dos direitos individuais e coletivos, de pessoa física ou jurídica, contra atos ou ameaças de atos ilegais ou arbitrários do Poder Público, quando não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*; previsto constitucionalmente no artigo 5º, LXIX e LXX, e disciplinado pela Lei Federal n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, ao longo dos seus 29 artigos e incisos.

O mandado de segurança enobrece-se como um dos meios de controle judiciário da Administração Pública, servindo para preservação do princípio da legalidade administrativa em sua mais ampla concepção, sendo uma garantia instituída em favor dos administrados e instrumento de contenção, restrição ou limitação da autoridade estatal como processo de reação a um comportamento (comis-

sivo ou omissivo) antijurídico do Poder Público, visando a preservação da relação jurídica entre a Administração Pública e os administrados.

A contribuição do mandado de segurança ao controle judiciário da Administração Pública manifesta e prestigia a cláusula democrática de submissão do Poder Público à Constituição Federal, aos princípios jurídicos, à lei e aos atos normativos subalternos, visando a neutralização do autoritarismo e ampliação da investigação jurisdicional dos atos da Administração Pública, nas mais variadas formas de atuação ou manifestação da vontade administrativa.

Como instrumento de controle da Administração Pública, qualifica-se como fator de pressão de prerrogativas entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, permitindo-se a injunção de prestação de atividade devida ou cessação de atividade nociva por meio de ordem, de mandamento, sob a penalidade do descumprimento em implicações penais, como forma de dar a necessária eficácia mandamental do provimento jurisdicional.

## **2 Os atos administrativos**

O Poder Público se manifesta por meio de atos administrativos, que quando regidos pelo direito público são caracterizado como atos administrativos. Conforme os ensinamentos de Fernanda Marinella, o “ato administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedido a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle do Poder Judiciário, ficando excluídos os atos abstratos e os convencionais” (Marinella, 2014, p. 273).

Para o cabimento mandamental, é necessário a análise do ato praticado pela Administração Pública, em razão da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como a legalidade do ato praticado, a fim de evitar e impedir abusos praticados pelos administradores públicos.

Nessa perspectiva, para o instituto mandamental deverá ser ponderado se o cabimento será contra atos administrativos vinculados ou discricionários. Os atos vinculados ou regrados “são aqueles que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções.” Por isso, “surge para o administrado o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato, ou seja, preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a conceder o que foi requerido.” (Marinella, p. 274).

Já os atos discricionários se identificam quando a norma conferir, em seu próprio mandamento, uma liberdade decisória que envolve o exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estipular um dever de praticar um ato específico. Ou seja, quando a lei expressamente conferir mais de uma alternativa para o administrador, deverá se limitar a essas opções; caso contrário, o ato é arbitrário e ilegal.

Nessa análise, o motivo do ato administrativo ou decisão administrativa representa as razões que justificam a edição do ato, sendo o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato.

## **3 A teoria dos motivos determinantes**

É pacífico na doutrina e jurisprudência a possibilidade da análise do ato administrativo pelo Poder Judiciário quando a análise incide sobre a legalidade do ato administrativo, são os chamados controle de legalidade.

A divergência surge quanto ao controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário, onde a administração atua de acordo com a conveniência e oportunidade.

Acerca do tema e a possibilidade da revisão judicial do mérito dos atos administrativos discricionários, temos o brilhante posicionamento do doutrinador Alexandre Mazza:

Embora a concepção tradicional não admita revisão judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, observa-se uma tendência à aceitação do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a discricionariedade especialmente quanto a três aspectos fundamentais: a) razoabilidade/proporcionalidade da decisão; b) teoria dos motivos determinantes: se o ato atendeu aos pressupostos fáticos ensejadores da sua prática; c) ausência de desvio de finalidade: se o ato foi praticado visando atender ao interesse público geral. Importante frisar que ao Poder Judiciário não cabe substituir o administrador público. Assim, quando da anulação do ato discricionário, o juiz não deve ele resolver como o interesse público será atendido no caso concreto, mas devolver a questão ao administrador competente para que este adote nova decisão” (Mazza, 2014).

É certo que em um ato administrativo discricionário, a Administração Pública possui a liberdade para escolher os motivos ou a postura a ser adotada. É lógico, que não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nas opções administrativas, isso é inquestionável. Contudo, apesar da liberdade da administração quanto

ao ato discricionário, onde houver a necessidade de motivação, não poderá a administração deixar de explicitar quais foram as razões que lhe conduziram a praticar ato, sob pena do ato se tornar inválido. Da mesma forma, ainda que no ato administrativo discricionário não seja obrigatório a motivação e a Administração Pública conste do ato o motivo expresso, esse passa a vincular o agente aos seus termos, de modo que, comprovada a inexistência daquela realidade fática expressa como determinante da vontade, será o ato nulo.

### **Para o cabimento mandamental, é necessário a análise do ato praticado pela Administração Pública, em razão da supremacia do interesse público sobre o privado...**

É pertinente a motivação do ato administrativo que possibilitará a intervenção jurisdicional na atuação administrativa, pois a necessidade de motivação repercute sobre a esfera dos direitos dos administrados, não somente em respeito ao princípio da publicidade e direito da informação, mas também para permitir que os administrados verifiquem se tais motivos realmente existem, prestigiando a submissão da Administração Pública à Constituição, aos princípios jurídicos, à lei e aos atos normativos. Eis da famigerada Teoria dos Motivos Determinantes.

A respeito, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato (Carvalho Filho, 2007, p. 107).

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello comenta:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam” (Mello, 2005, p. 376).

A Lei n. 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito federal já prevê

expressamente que os atos administrativos deverão ser motivados.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Portanto, não havendo respeito à devida motivação do ato administrativo ou a devida compatibilidade entre o motivo do ato administrativo e a situação fática que gerou a manifestação, este deve ser fulminado pela nulidade.

Nesse sentido a Jurisprudência vem se posicionando:

ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO POR PRÁTICA DE NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido. 2. Constatada a inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos

que determinaram o ato impugnado, este deve ser anulado, com a consequente reintegração do impetrante. Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 32.437/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 16/03/2011). ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DA DELEGAÇÃO DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL PELA MORTE DO TITULAR. NOMEAÇÃO DE SUBSTITUTO POR ATO DO JUÍZO DA COMARCA. POSTERIOR REVOGAÇÃO PELO DESEMBARGADOR CORREGEDOR-GERAL. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTO INIDÔNICO. ILEGALIDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. RESTABELECIMENTO DO STATUS QUO ANTE DA IMPETRANTE. PRECEDENTES. 1. O caso concreto gravita em torno da necessidade da designação de substituto para responder interinamente por serventia cujo delegatário faleceu (art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94). 2. Cuidar-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato do Corregedor-Geral da Justiça de Goiás, consubstanciado na decisão proferida nos autos do Processo Administrativo 201700000062309, que anulou a Portaria 14/2017, editada pelo Juízo da Comarca de Aruanã/GO (na qual se designou a impetrante para responder interinamente por específica serventia extrajudicial), sob o fundamento de que essa interina não atenderia aos requisitos previstos nos arts. 15, § 2º, da Lei 8.935/1994 e 7º, IV, da Resolução/CNJ 81/2009, a saber, ser bacharel em direito ou, quando não, possuir experiência de

10 (dez) anos de exercício em serviço notarial ou de registro. 3. A Lei 8.935/1994 (arts. 20 e 21), ao disciplinar a contratação de prepostos de notários e de oficiais de registro, não impõe como condição devam estes possuir título de bacharel em direito ou, mesmo, experiência prévia em tais ramos de atividade. 4. Os arts. 14, V, e 15, § 2º, da Lei 8.935/1994, assim como o art. 7º, IV, da Resolução/CNJ 81/2009, invocados pela autoridade judicial impetrada, limitam-se, em verdade, a estabelecer aqueles dois requisitos (graduação em direito ou experiência), somente para os candidatos que, via concurso público, busquem o ingresso na atividade notarial e de registro, não alcançando as hipóteses de mera designação interina e, por isso, precária. 5. Nos moldes da jurisprudência desta Corte, “a motivação do ato administrativo deve ser explícita, clara e congruente, vinculando o agir do administrador público e conferindo o atributo de validade ao ato. Viciada a motivação, inválido resultará o ato, por força da teoria dos motivos determinantes. Inteligência do art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/1999” (RMS 56.858/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/09/2018). 6. Conquanto a anulação do ato coator tenha como indissociável efeito o restabelecimento do status quo ante da recorrente, tal circunstância não afasta a discricionariedade da autoridade judicial competente para, na forma da Lei 8.935/1994, e no exercício de seu permanente poder fiscalizatório, promover, acaso necessária, a substituição da impetrante antes mesmo da assunção do



próximo titular da respectiva serventia. 7. Recurso ordinário provido para reformar o acórdão recorrido e, nessa extensão, conceder em parte a segurança, a fim de anular o ato apontado como coator, com o consequente restabelecimento da eficácia da Portaria 14/2017, editada pela Juíza Substituta e Diretora do Foro da Comarca de Aruanã/GO, sem, contudo, garantir à impetrante a permanência no posto até a assunção do novo titular. (RMS 59.647/GO, Rel. Ministro SÉRGIO

KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019).

Assim, não havendo a devida motivação do ato administrativo quando este requer que o ato seja motivado ou havendo a motivação essa não guarda a real correlação com a situação fática, nasce para o administrado o direito líquido e certo para invalidação daquele ato, sendo que o mandado de segurança é o remédio adequado para possibilitar ao Poder Judiciário realizar o controle do ato administrativo.

### Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

MARINELLA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

# Mandado de segurança como ferramenta de nivelamento processual



**Moisés Almeida Góes**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Especialista em Direito Público pela Uniderp. Doutor em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Coordenador do curso de Direito da Faculdade Sapiens, Porto Velho-RO.



**Vinícius de Almeida Alves**

Acadêmico de Direito do 4º período da Faculdade Sapiens. Presidente do Centro Acadêmico Nova Atenas. Estagiário no escritório dplaw - Pontes Pinto e Pignaneli Sociedade de Advogados. Entusiasta de temas de direito tecnológico e direitos humanos.

## Sumário

1. Introdução
2. Função do mandado de segurança
3. Elementos práticos do processo
4. Mandado de segurança como nivelador
5. Considerações finais

## 1 Introdução

O Direito é ente constituído pelos seres humanos como ferramenta de organização social, meio pelo qual se busca atingir a “Justiça” do povo que a emprega. Tendo passado por muitos processos evolutivos e renovadores, o direito brasileiro é resultado de séculos de transformações do direito aplicadas à realidade e necessidade do povo.

Para suprir essas necessidades são criadas leis e remédios jurídicos, e nesse campo o Direito brasileiro criou um remédio de nobre missão, o mandado de segurança (MS), gozando de caráter constitucional, é artifício pelo qual é promovida uma das maneiras afirmativas de garantir a igualdade.

É preciso ter um olhar de reconhecimento de construto jurídico tão excelso, sai da mera pro-

messa de direitos, para agir de maneira efetiva para garantir os direitos postos. Dessa maneira, o presente artigo defende que o mandado de segurança é um dos agentes de formalização e defesa dos princípios de igualdade.

## 2 Função do mandado de segurança

O Estado por sua essência necessita transparecer em suas normas os princípios que fundamentam (Alarcón, 2003, p. 166), dessa forma o ordenamento jurídico brasileiro deve em tese produzir leis e mecanismos legais que privilegiem a igualdade, legalidade e a máxima justeza na medida do possível.

As relações entre os indivíduos possuem inúmeras e variadas razões (ibidem, p. 167), considerando isso a lei deve pensar em todos os cenários possíveis para antever e até mesmo suprimir possíveis danos e injustiças sociais. Devem existir no ordenamento, mecanismos responsáveis por contornar essas diferenças, pois o Direito é a arte do “dever ser” aplicada em uma sociedade não tão perfeita quanto a teorizada em seus textos legais.

A igualdade é um pressuposto imprescindível para o processo legal, não se pode haver julgamento justo, se não há um nivelamento e igualdade entre as partes (Reichelt, 2012, p. 14). Sendo assim, para que se faça cumprir na prática a igualdade estabelecida de maneira teórica no ordenamento, é necessário a implementação de artifícios e remédios capazes de contornar essas desigualdades do cenário prático.

A constituição garante em seu artigo quinto a igualdade de todos os indivíduos da sociedade perante a lei, mais especificamente no seu sexagésimo-nono inciso disciplina sobre

o mandado de segurança, protegendo direito líquido e certo do indivíduo contra abusos ou ilegalidades por parte de autoridades públicas e/ou agentes de pessoas jurídicas em exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança, segundo a letra fria da lei, é a medida legal, em casos que não sejam aplicáveis o *Habeas Corpus* e *Habeas Data*, quando haja incidência de abuso de poder – ou receio de sofrê-lo – por parte de autoridade contra direito líquido e certo, conforme a Lei 12.016. O mandado de segurança, por tanto, é o mecanismo legal que previne o cidadão comum de sofrer abusos por parte de figuras de autoridade, um nivelamento entre partes que de outra maneira não seria possível.

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 (Brasil, 2009).

Existe a possibilidade de implementação do MS por parte de terceiro em favor do titular do direito originário, isso caso o titular não o faça no prazo de trinta dias, após notificação judicial. Esse mecanismo legal nas possibilidades de MS reflete um cuidado legislativo, garantindo que caso o titular de direito líquido e certo não tenha coragem de ação ou ciência de seus direitos, outro em situação semelhante pode auxiliar esse indivíduo alienado ou desprovido de coragem.

Existe ainda a possibilidade – em casos de urgência – de impetrio de MS através de telegrama, radiograma, fax e/ou qualquer outro meio eletrônico cuja autenticidade tenha sido atestada. Essa medida positivada em lei revela uma preocupação legislativa com os vulneráveis em face das autoridades, tendo ciência da celeridade e intensidade das ações das figuras de autoridade e na proteção dos indivíduos que podem ser prejudicados.

### **3 Elementos práticos do processo**

As leis são frutos originários de órgãos com legitimidade constitucional, tal qual Atena nascida da cabeça de Zeus. Tendo sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos, a lei passa a exercer funções de permissão, cerceamento, mediação e/ou coordenação, sendo assim feitas para regulação social e refletindo princípios de justiça e legalidade.

**O mandado de segurança,  
segundo a letra fria da lei,  
é a medida legal, em casos que  
não sejam aplicáveis o *Habeas  
Corpus* e *Habeas Data*...**

Mesmo nas melhores e mais refletidas intenções, não se pode garantir total exímio de antinomias dentro do ordenamento. Há pontos em que um princípio exerce prioridade sobre outro em razão de determinado contexto ou até mesmo cenário não pensado pelos legisladores.

Dessa forma se torna mais palpável o entendimento de que em determinados cenários é preciso privilegiar alguns elementos em detrimento de outros para estabelecer um equilíbrio processual entre os agentes do processo.

Fica nítido assim que, na prática, o mandado de segurança exerce função de contorno das disparidades entre as partes, é o mecanismo que coloca ambos no mesmo patamar, impedindo abusos ou arbitrariedades contra aqueles que não podem se proteger dos que se encontram revestidos pela oficialidade e autoridade.

De maneira simples, o MS gera o equilíbrio, que sem o qual, poderia comprometer o devido processo legal e a qualidade da decisão tomada, em razão dos elementos externos ao processo que contaminariam a decisão do magistrado. Aqui não se defende exclusivamente aqueles que se encontram vulneráveis, mas também as autoridades, visto que o magistrado poderia ser influenciado pela caridade em favor dos desfavorecidos ou cooptado pela influência da autoridade.

### **4 Mandado de segurança como nivelador**

O mandado de segurança é fruto típico do Direito brasileiro, um artifício legal cuja razão é contornar desníveis entre os cidadãos, visando o cumprimento do artigo quinto da Carta Magna que traz a igualdade para todos. Esse artifício funciona de maneira a diminuir o andar do processo, agilizando os elementos necessários em razão do caráter delicado de regime de incidência, que com frequência se dá em contextos de perigo para a parte com direito líquido e certo ameaçado.

O mandado de segurança se encaixa em uma categorização de direito público subjetivo. É uma medida que refreia a arrogância e potencial abuso das figuras de poder, uma versão moderna e democrática do que fora a Carta Magna para restringir os poderes monárquicos na Inglaterra do século XIII.

O lugar do MS é de destaque, não é mero remédio jurídico, mas sim uma garantia constitucional que confere proteção ao indivíduo para evitar que sofram abusos por parte de autoridades. O mandado de segurança compõe uma tríade de remédios constitucionais excelsos ao lado do *Habeas Corpus* e *Habeas Data*, tal qual Júpiter, Juno e Minerva, na tarefa de proteger a população, cada qual no seu período histórico e importância.

Mesmo que possua no campo teórico e constitutivos elementos que possam ser enquadrados no processo civil, contudo sua importância e prática transcende esse rótulo, brilha como ação de proteção constitucional de direitos dos cidadãos contra risco de abuso por autoridades públicas. É necessário observar o MS para além de uma medida jurídica, mas como uma Égide no direito brasileiro que

possui função de defesa dos vulneráveis face aos poderosos.

## 5 Considerações finais

Em epítome, conclui-se no presente artigo que o papel do mandado de segurança não é de mero restrinjo, ele simboliza mais do que o cerceamento de autoridades em sua aplicação, ele representa no campo subjetivo a defesa daqueles que se encontram em posição de fragilidade.

O mandado de segurança exerce um papel nivelador em sua aplicação, permite uma equiparação processual entre as partes, não importando se é um cidadão comum que depende de um salário-mínimo ou chefe de uma autarquia pública, serão tratados da mesma maneira, e a parte mais – processualmente falando – fraca fica resguardada de quaisquer abusos ou tentativas de ferimento a direitos líquidos e certos do indivíduo.

Não se trata de um simples remédio jurídico, mas sim de uma ferramenta afirmativa que faz valer os direitos de igualdade legados ao povo, impedindo que sofram injusto dano aos seus direitos ao enfrentarem judicialmente uma figura de prestígio e poder.

### Referências

ALARCÓN, Pietro Lora. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 2, n. 1, p. 165-198, 2003.

BRASIL. **Lei n. 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 44, p. 26-40, 1956.

REICHEL, Luis Alberto. **O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa**. *Revista de Processo*, São Paulo, a, v. 37, p. 13-41, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: apontamentos. *Revista Jurídica Mineira*, v.40, p.44-58, ago. 1987.

# O mandado de segurança como instrumento garantidor em tempos de pandemia



**Bruno Eduardo Marcolino da Silva**

Advogado. Sócio do AMV Advogados Associados. Ex-Assistente de Promotoria de Justiça do MPRO (2015-2019).



**Josiane da Silva Vasconcelos**

Advogada. Sócia do AMV Advogados Associados. Ex-Assistente de Promotoria de Justiça e Assessora Jurídica do MPRO (2013-2019).



**Matheus Alonson de Castro Inácio**

Advogado. Sócio do AMV Advogados Associados. Ex-Assistente de Promotoria de Justiça do MPRO (2019-2020).

O preocupante cenário mundial – apesar do caos vivenciado com a grave pandemia causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) que atingiu, e permanece atingindo diariamente, muitos lares e famílias –, não afasta a imprescindibilidade do Poder Judiciário brasileiro resguardar direitos constitucionalmente protegidos.

Desde o reconhecimento da ocorrência do estado de calamidade pública nacional, em vigor desde 20 de março de 2020, os questionamentos sobre quarentena, isolamento social, *lockdown*, colapso no sistema de saúde, superlotação de hospitais, perecimento das economias, estabelecimentos comerciais com portas fechadas, controvérsias relacionadas a planos de saúde, preços de medicamentos, uso de recursos públicos e até prescrição de remédios sem comprovação científica para o tratamento da doença, motivaram o aumento de ações na Justiça.

A crise sanitária é desafio que, muitas vezes, exige a aplicação de medidas de contenção rígidas. Várias restrições, antes inimagináveis, hoje são adotadas por nações de regimes democráticos e ditatoriais, visando a preservação da saúde pública da sociedade.

Contrapondo a efetivação dessas medidas, muitos cidadãos questionam o avanço do Estado sobre direitos e garantias fundamentais, discutindo, principalmente, a supremacia da saúde pública (art. 6º da CF) sobre os demais direitos, dentre eles, de ir e vir (art. 5º, incs. II e XV, da CF), de liberdade de reunião (art. 5º, inc. XVI, da CF), de livre exercício de cultos religiosos (art. 5º, inc. VI, da CF), de inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI, da CF) e, até mesmo, a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inc. X e XII, da CF)

Neste raciocínio, diante do sincretismo do seu procedimento, que é próprio e extremamente célere, o mandado de segurança é o remédio constitucional mais adequado a assegurar 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 (art. 5º, incs. LXIX e LXX, da CF, c/c a Lei n. 12.016/2009), principalmente, quando há colisão entre interesses individuais e coletivos.

A propósito, Luiz Fux (2019, p. 31) ensina que:

“(…) O signo distintivo do mandado de segurança, portanto, diz respeito aos atos processuais especificamente destinados à proteção de direito ameaçado ou violado por ato coator de natureza pública.”

Dito isto, além das vítimas fatais e do déficit econômico, inúmeros são os objetos de impropriedade de mandados de segurança. A gravidade da emergência causada pela pandemia exige das autoridades brasileiras, em todas as esferas, a efetivação da proteção à saúde pública (art. 196 e seguintes da CF), com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e a

manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde (SUS).

Portanto, o desafio que o panorama atual coloca a sociedade e as autoridades públicas é da mais elevada gravidade, não devendo ser minimizado. É cediço que a Covid-19 é uma ameaça real e iminente, que afeta diretamente a capacidade operacional e logística do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população em todos os aspectos, relacionadas ou não com a pandemia, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato.

A propósito, podemos citar um caso concreto de pedido de liminar, julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, onde um idoso de 68 anos de idade, em razão da suspensão de seu tratamento junto ao Núcleo de Oftalmologia da Policlínica Oswaldo Cruz, em Porto Velho, desde janeiro de 2021, viu-se obrigado a impetrar mandado de segurança visando assegurar a imediata aplicação de duas doses restantes de injeções de antiangiogênico no olho esquerdo e o procedimento chamado capsulotomia YAG Laser, bem como o agendamento do respectivo retorno ao consultório oftalmológico, todos suspensos em decorrência da edição do Decreto n. 25.728/2021, no qual o governo estadual adotou medidas emergenciais no intuito de conter a pandemia.

O i. desembargador relator, em cognição sumária, entendeu que, uma vez caracterizados os requisitos necessários à concessão de tutela de urgência, deferiu parcialmente a liminar para determinar a aplicação das duas doses restantes de injeções de antiangiogênico no olho esquerdo, considerando que i) “(…) as medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19 não podem servir como justifica-

tiva para desonerar o Poder Público de prestar atendimento médico não relacionado ao combate à pandemia de que necessita o paciente, no caso dos autos”, ii) tratava-se “(...) de atendimento médico a idoso que não pode ter o tratamento suspenso indefinidamente, sob pena de agravamento do quadro de saúde”; e iii) “(...) a irreversibilidade de eventual perda da visão em seu olho esquerdo, de modo que deve ser garantida, ao menos, a aplicação das duas doses restantes de injeções de Antiangiogênico no olho esquerdo”.

Observa-se que o d. relator assegurou o direito de assistência à saúde, com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), visto que a Constituição Federal determina ser dever do Estado garantir políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos à saúde dos cidadãos, bem como o acesso universal às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Em outra oportunidade, a Corte de Justiça rondoniense, em reexame necessário de sentença proferida em sede mandamental, assegurou a realização de contato por videoconferências entre paciente internado em unidade de tratamento intensivo (UTI) e seus familiares, diante das restrições às visitas presenciais em hospitais públicos e particulares em razão do estado de calamidade pública para fins de enfrentamento ao novo coronavírus<sup>1</sup>.

Com isso, o Tribunal entendeu ser medida mais adequada cessar o ato do Poder Público

<sup>1</sup> Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. 2ª Câmara Especial, Remessa Necessária Cível, Processo n. 7013862-29.2020.822.0001, Rel. Des. Roosevelt Queiroz Costa, julgado em 18/11/2020.

que impedia o direito do impetrante e de seus filhos menores à visitação ao paciente por meio remoto, a fim de dar efetividade ao comando constitucional previsto no art. 227. Não podendo, desta forma, a Administração Pública dificultar o exercício deste direito de qualquer modo, especialmente quando há iminente risco de morte, permitindo-se que haja, na pior das hipóteses, despedida digna do ente querido pelos seus familiares.

## **...a Covid-19 é uma ameaça real e iminente, que afeta diretamente a capacidade operacional e logística do sistema público de saúde...**

Há, também, algumas medidas restritivas – que vêm sendo tomadas, na maioria das vezes, por chefes do Poder Executivo estadual e municipal – levadas a efeito como ato arbitrário ao direito à ordem econômica, consubstanciado no direito líquido e certo em continuar as atividades empresariais, mesmo de portas fechadas, quando, por exemplo, indústrias que não realizam atendimento ao público e sua atividade é primordial à cadeia econômica simbiótica.

Neste caso, a determinação da suspensão das atividades, por ato do Poder Público, ensejará, decerto, a falta de matéria-prima, levando, por consequência, ao aumento no preço final de produtos e na quebra da cadeia econômica. Trata-se de danos de ordem financeira, além



de atingir toda a sociedade com a deficiência e escassez de produtos alimentícios nos supermercados, mercearias, padarias, hospitais, etc., tudo em razão do obstáculo, mesmo que indireto, oposto pelo próprio Poder Público.

A finalidade de materializar os direitos e garantias constitucionais não pode ser empregada com o propósito de se valer de um estado excepcional para incidir em ações arbitrárias, acobertada pela suposta proteção à sociedade. Deve-se, portanto, agir dentro dos limites estabelecidos no regramento jurídico.

Certo é que o Estado não pode fornecer uma proteção insuficiente aos cidadãos ou sequer restringir excessivamente os direitos. Isso porque é necessário ponderar, caso a caso, o interesse da coletividade em prol da necessidade da proteção do núcleo essencial, da necessidade da observância do princípio da concordância prática e no juízo de ponderação. Havendo concorrência entre dois bens jurídicos tutelados, deve-se adotar uma solução que seja menos gravosa e buscar a maior realização dos direitos envolvidos.

Todos atingidos de alguma forma pela pandemia, se veem/viram, em algum momento ou circunstância, vítimas de um aparente poder arbitrário. De toda sorte, a vida em sociedade, ainda mais no contexto pandêmico, exige a renúncia de vontades individuais em prol da coletividade. Deve cada caso seja levado ao individualismo de modo que os direitos viola-

dos por ato do Poder Público sejam resguardados à proporção.

A supremacia do interesse público sobre as relações particulares em algumas hipóteses vivenciadas nos últimos meses encontra sustentação e controle no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, na Constituição Federal.

Nenhum direito fundamental é absoluto. Se por um lado um direito deve ser exercido nos termos da lei, podendo ser restringido em decorrência de uma situação fortuita não previamente prevista na Constituição, sob outra perspectiva, não pode ser esgotado enquanto garantia constitucional, assegurando, pois, o núcleo essencial do próprio direito.

Situações delicadas perdurarão, quando, principalmente, a saúde pública, a economia e a segurança, ainda que indiretamente, forem confrontadas às garantias individuais. Desta maneira, subsiste a necessidade da convergência de um ponto de equilíbrio, o que, como visto, não é uma tarefa tão fácil assim.

Por fim, os excessos e abusos de poder durante a pandemia da Covid-19, em descompasso com a constituição e as normas infraconstitucionais, revestidos de aparente legalidade e fundamentados em medidas administrativas com o objetivo de efetivação do interesse público, ensejam a cassação da ordem ilegal e/ou abusiva por meio da ação constitucional prevista no art. 5º, incisos LXIX e LXX, e disciplinada pela Lei n. 12.016/2009.

### Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio 2021.
- BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm).
- FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

# O mandado de segurança como remédio processual adequado para assegurar o direito de a gestante remarcar o teste de aptidão física em concursos públicos



## Catiane Malta

Advogada. Formada pela Faculdade Associadas de Ariquemes (FAAr). Especialista em Processo Civil e Civil, Sucessões e Direito de Família pela Faculdade Educacional da Lapa. Especialista em Direito das Mulheres. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Escola Superior da Advocacia. Radialista com o programa “Cidadania com Catiane Malta” na Rádio Verde Amazônia. Vice-presidente da Comissão da Mulher Advogada Subseção Ariquemes-RO.

## Sumário

1. Introdução
2. O que é o mandado de segurança
3. Remarcação de teste de aptidão física para mulheres grávidas em concurso público
4. Considerações finais

## 1 Introdução

Estar grávida é um sonho realizado para muitas mulheres. Afinal de contas, ser mãe é algo quase que sagrado, posto que se está a falar em um dom inerente ao gênero feminino e que é capaz de gerar uma nova vida, um novo ser humano. Por falar em sonhos, além da maternidade, outro sonho acalentado por inúmeras pessoas é o de ingressar numa carreira pública, à qual se chega por meio de um concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvada a excepcional nomeação para cargo comissionado, conforme previsão constitucional.

Todavia, há momentos peculiares em que esse sonho entra em rota de colisão: como uma mulher grávida poderá realizar os sonhos de ser mãe e passar em uma seleção na qual se exige um teste de aptidão física?

Como é sabido, o teste de aptidão física é exigido em certas carreiras, como a policial, e não ofende a Constituição impor tal exigência a homens e a mulheres, dado que é vedado aos certames, em razão do princípio da isonomia e igualdade entre os gêneros, estabelecer diferenciação entre homens e mulheres.

Assim, de que maneira se resolveria o dilema de uma mulher grávida com o referido teste datado? Seria o bebê no ventre da candidata exposto ao risco do esforço? Seria a gestante privada de seu sonho da carreira pública em virtude da gestação? Teria o direito à remarcação do Teste de Aptidão Física? E, na possibilidade de remarcar o referido teste, seria o mandado de segurança a via processual adequada?

Respondendo a estas perguntas, o presente artigo fora concebido, valendo-se da metodologia da revisão bibliográfica, com recurso à literatura e estudos já perquiridos sobre o tema, mas com desenvolvimento de trabalho de maneira original. Ademais, procede-se à referência a decisões de tribunais de justiça, notadamente o guardião excelso do entendimento constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

Cita-se no presente artigo igualmente a Lei, como fonte primária do direito brasileiro, e também à Constituição Federal, como norma fundamental do ordenamento nacional.

Inicia-se com uma breve digressão sobre o mandado de segurança para que o leitor seja situado na temática que se aborda. Em seguida, para aprimorar o entendimento, fala-se sobre

a possibilidade de adiamento do Teste de Aptidão Física, e se essa possibilidade se veste num direito líquido e certo. Em seguida, conclui-se o referido artigo.

A seguir, a jornada por este tema será iniciada, com expectativas que sejam alcançados os objetivos propostos neste artigo e que a pesquisa promova fecundos resultados.

## **2 O que é o mandado de segurança**

O mandado de segurança é um instrumento tradicional do direito brasileiro. Desde que o mesmo fora criado, junto à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934, o *writ* é um dos mais utilizados remédios processuais do ordenamento jurídico nacional, sendo sucedâneo de recursos, ações de controle de constitucionalidade e até mesmo via acionária predileta dos juristas para assegurar direitos líquidos e certos das pessoas em momentos autoritários.

Atualmente, o mandado de segurança, da mesma forma como veio ao mundo jurídico brasileiro, continua previsto constitucionalmente, sendo positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, mais precisamente no art. 5º, LXIX.

Além da previsão constitucional, o mandado de segurança é regulamentado por lei ordinária: a Lei n. 12.016/09, que reverbera o normativo constitucional e disciplina aspectos práticos do referido remédio processual, tornando-o assim factível no presente caso.

Assim, o cerne do mandado de segurança é a noção de direito líquido e certo, que não goza de unanimidade entre os juristas. Há quem defenda que todo direito é líquido e certo; há quem defenda que apenas certos direitos são

tidos por líquido e certo. Contudo, a tese mais consensual entre os juristas é que o direito líquido e certo diz respeito a direitos que são manifestos, sem que seja necessário prová-los efetivamente e se encontram já devidamente por si só demonstrados, não havendo sequer questionamentos acerca de sua existência.

O direito líquido e certo é aquele, assim, indubitável e demonstrável por documentos escritos. Pode-se plasmar um exemplo para diferenciá-lo de um direito “comum” como, por exemplo, o direito de se matricular numa instituição de ensino superior. Nesse caso, o seu portador, acaso prove preencher os requisitos perante o Poder Judiciário, poderá obter a chamada sentença mandamental, típica do mandado de segurança. Não o seria, por exemplo, o direito de o credor exigir o pagamento de uma dívida do devedor, já que tal direito deveria ser comprovado, haveria provas a fazer por parte do devedor, etc.

No caso em comento, discute-se se uma mulher grávida possui direito líquido e certo a remarcar o seu teste de aptidão física, em contexto de concurso público. Para aferir-se tal possibilidade, insta investigar se essa remarcação é de fato direito líquido e certo, para merecer o amparo do mandado de segurança, como se observa na subseção a seguir.

### **3 Remarcação de teste de aptidão física para mulheres grávidas em concurso público**

O ingresso em carreira pública é previsto na Constituição Federal, sendo de duas formas: a primeira, inusual e exceção à regra, pelo provimento de cargo em comissão, e a segunda, pela aprovação em concurso público, o qual

pode ser de provas ou provas e títulos, conforme redação do art. 37, § 2º, I da Constituição Federal. Assim, é cristalino que o direito ao provimento no cargo público, quando preenchidos os requisitos e devidamente demonstrado, é um direito líquido e certo.

### **...o cerne do mandado de segurança é a noção de direito líquido e certo, que não goza de unanimidade entre os juristas.**

No contexto das provas e títulos, uma das possibilidades de provas e títulos é o Teste de Aptidão Física, em provas de cargos que exigem bom desempenho físico, como, v.g., as carreiras policiais. Tal exigência é perfeitamente justificável pelas atribuições do cargo e pode ser oponível tanto a homens como a mulheres, dado que a Carta Magna veda a diferenciação de tratamento entre homens e mulheres, salvo se a natureza do cargo assim o exija, consoante art. 39, § 3º da CRFB.

Nessas condições, e se houver uma candidata que esteja grávida? Seria o teste de aptidão física a ela imposto? Observe-se: acaso isso ocorresse, a saúde do bebê seria prejudicada, o que seria um atentado ao direito à vida, inclusive do nascituro. Ademais, não se estaria cumprindo corretamente o princípio da Isonomia, dado que se devem tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. Deveria a mulher ter que perder a prova em prol de sua maternidade, ou colocar em risco sua gravidez em prol de seu concurso? Definitivamente,

ambas as soluções não se aplicam ao caso, vez que, o Estado estaria se intrometendo em uma área que compete à própria mulher: o planejamento familiar.

Repise-se que a Lex Legum brasileira veda interferências no planejamento familiar pelo poder público e, desta forma, exigir tal sacrifício iria de encontro a esse dispositivo. A solução é, pois, franquear à gestante o direito líquido e certo de remarcar o seu teste de aptidão física, para que assegure tanto o direito ao planejamento familiar – ter o filho – como também para que exerça seu direito ao provimento em cargos públicos – fazendo a prova em outra data –, bem como que haja respeito a direitos como a vida e à isonomia.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal se manifestou recentemente sobre o caso, no julgamento do Recurso Especial n. 1058333 RG, com relatoria de Luiz Fux, em 2 de novembro de 2017, em que se decidiu pela admissão do direito à remarcação do exame de aptidão física para gestantes como corolário do direito

à igualdade, dignidade humana e à liberdade reprodutiva.

#### **4 Considerações finais**

Por ser um direito constitucionalmente reconhecido, e podendo ser devidamente provado, entende-se que a remarcação do Teste de Aptidão Física é mais que um simples direito, mas um verdadeiro direito líquido e certo da mulher gestante.

Observou-se acima que o mandado de segurança é a via adequada para proteger o direito líquido e certo dos indivíduos, tanto por previsão legal como também constitucional, sendo o direito de a gestante remarcar o teste de aptidão física constitucional e cristalino, é lícito afirmar, assim, que é verdadeiro direito líquido e certo.

Desta forma, o mandado de segurança é a via adequada para proteção do direito líquido e certo de remarcação do teste de aptidão física para mulheres grávidas.

#### **Referências**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm).

# O mandado de segurança e a tutela do direito à saúde



**Renata Demito Mariano**

Advogada. Graduada em Direito e especialista em Direito Médico pela Universidade de Araraquara (Uniar). Atuante na área de Direito do Consumidor com ênfase em resolução de problemáticas entre o consumidor e companhias aéreas. Prática em Direito Administrativo com atualização na Nova Lei de Licitações pelo CERS.

## Sumário

1. Introdução
2. O mandado de segurança
3. Momento em que o mandado de segurança se torna via inadequada para a tutela do direito à saúde
4. Considerações finais

### **1** Introdução

A judicialização da saúde é algo corriqueiro nos últimos tempos. Contudo, levar à apreciação do Poder Judiciário o direito à saúde, não é uma decisão que concerne especificamente aos operadores do direito, sendo, sim, uma consequência da má gestão da saúde pública, bem como, diante dos inúmeros pedidos que não constam nos atos normativos do SUS, incluindo desde tecnologias a medicações, produtos e procedimentos não padronizados.

Assim, aos operadores do direito, não resta alternativa diversa, que não seja garantir o direito constitucional à saúde da população através de mecanismos jurídicos mais céleres, econômicos e eficazes que atinjam seu objetivo final.

Observa-se, portanto, que na prática, tal pleito tem ocorrido com mais frequência através da impetração de mandado de segurança. No entanto, há outro mecanismo jurídico que se adequa ao caso, considerando a ausência de dilação probatória na via do mandado de segurança, e respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa, sem prejuízo da urgência reclamada em muitos casos e, mais, sem comprometimento das políticas públicas de saúde; sendo este a via ordinária.

Diante dessa realidade, o presente artigo busca mostrar as duas possibilidades para se tutelar o direito à saúde.

## **2 O mandado de segurança**

Inicialmente, para elucidação do tema em questão, imperioso se faz discorrer acerca do mandado de segurança.

A previsão Constitucional do mandado de segurança está encartada no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, sendo disciplinado pela Lei n. 12.016/2009. Este, visa a proteção de direito líquido e certo que seja alvo de ameaça ou que já tenha sido violado por ação ou omissão; ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Não há dúvidas de que o requisito essencial para se auferir o cabimento do mandado de segurança está relacionado a existência do direito líquido e certo. Em termos gerais, o direito líquido e certo é aquele que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento indubitável, sendo este, a prova documental pré-constituída.

Vale destacar, que o direito líquido e certo, é inclusive, condição especial desta ação, podendo a mesma ser extinta sem julgamento do mérito, ante a ausência da prova documental pré-constituída da situação fática.

Nessa contenda, pode-se dizer que o direito líquido e certo, é verificado pelo magistrado basicamente em duas ocasiões: ao despachar a petição inicial e ao sentenciar.

Se já no início da ação for verificada a ausência de direito líquido e certo, o processo deverá ser extinto por carência da ação. A cognição é sumária, realiza-se um juízo de aparência. Neste estágio, basta ser verossímil a existência da liquidez e da certeza. Após, no ato da prolação de decisão final, se realiza um juízo de certeza, em cognição exauriente. Nesta segunda etapa, completado o contraditório, o juiz apreciará as provas documentais apresentadas pelas partes e confirmará, ou não, se é plausível a existência do direito líquido e certo. Caso as provas permitam um juízo de certeza no tocante à existência ou inexistência do direito alegado pelo impetrante, o juiz proferirá uma sentença de mérito, fazendo coisa julgada material. Modo outro, caso as provas sejam insuficientes, a segurança será negada sem resolução do mérito, por faltar uma condição especial de procedibilidade, não se analisando o mérito e fazendo apenas coisa julgada formal.

Neste caso, de acordo com a previsão contida no artigo 6º, § 6º, da Lei n. 12.016/2009, o pedido mandamental poderá ser renovado respeitado o prazo decadencial. Porém, é importante destacar que independentemente disto, poderá optar-se pelas vias ordinárias, ultrapassado ou não o lapso decadencial.

Desta feita, resta claro que o mandado de segurança depende da demonstração, de maneira imediata, do direito líquido e certo alegado pelo impetrante, sendo este uma condição especial da ação. Deste modo, sua ausência tornará o caso passível de extinção do feito sem julgamento do mérito.

### **3 Momento em que o mandado de segurança se torna via inadequada para a tutela do direito à saúde**

Após a explanação do tópico anterior, é oportuno analisar em quais situações será possível impetrar o mandado de segurança para proteger o direito líquido e certo à saúde.

Embora o artigo 196 da Constituição Federal, seja citado nos mais variados meios como sendo a principal previsão do direito à saúde no ordenamento brasileiro, é essencial que a leitura não seja concentrada apenas na primeira parte da norma, (“direito de todos e dever do Estado”); sendo imprescindível uma leitura aprofundada do enunciado, para perceber que o referido direito não é simples e absoluto; sendo possível interpretar a fundo que o direito à saúde será garantido por meio de políticas públicas direcionadas à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário dos pacientes; tendo sua face coletiva e não individual.

Assim, caso exista a negativa devidamente documentada, de algum medicamento ou outra tecnologia prevista em programa oficial do SUS, de fato estaremos diante da violação do direito líquido e certo à saúde do indivíduo; podendo este, acudir-se do mandado de segurança para se afastar a referida ofensa.

Este, enfim, é o entendimento trazido no Enunciado n. 96 da III Jornada de Direito da Saúde, promovida pelo CNJ em março de 2019:

Somente se admitirá a impetração de mandado de segurança em matéria de saúde pública quando o medicamento, produto, órtese, prótese ou procedimento constar em lista RENAME, RENASES ou protocolo do Sistema Único de Saúde – SUS.

Contudo, se o pleito é referente à alguma tecnologia não incorporada na lista oficial do SUS, o caso fático precisa ser analisado de maneira diversa, havendo outros fatores a serem analisados pormenorizadamente.

Nesta esteira, as listas oficiais do SUS passam a ser a regra de dispensação, ou não, servindo como parâmetro objetivo de decisão pelo Poder Judiciário, pois nestes casos, não há dúvida de que pode haver o direito, mas este, não se reveste de liquidez e certeza.

Obviamente, tais atos normativos não podem ser absolutos e/ou incontestáveis. Entretanto, nas situações em que a padronização for contestada, é elementar que o devido processo legal seja observado, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa; seguindo a via processual que permita a dilação probatória, com a finalidade de que sejam devidamente analisadas a necessidade da tecnologia não padronizada, bem como, a ineficácia da tecnologia padronizada, à luz da tese fixada pelo STJ em 2018.

Sendo proposta a ação ordinária, será possível a produção de prova pericial, com isso, o juiz terá o devido conhecimento dos documentos médicos trazidos pelo requerente com as con-



clusões do perito, tendo, assim, mais assertividade para acolher, ou não, o pedido da inicial.

A padronização terapêutica do SUS não é absoluta, pelo contrário, pode haver discussão. No entanto, é primordial que este debate ocorra em cenário adequado, para que todos tenham conhecimento e se contraponham à posição da parte contrária, especialmente com a possibilidade de produção de prova.

Em razão disto, a via mandamental, passa a ser inapropriada, pois diante da ausência da dilação probatória, não será possível a realização da perícia, não havendo espaço para que um profissional isento esclareça se a tecnologia pleiteada é realmente necessária ou se o tratamento oferecido pelo SUS é ineficaz.

**A judicialização da saúde é algo corriqueiro nos últimos tempos. Contudo, levar à apreciação do Poder Judiciário o direito à saúde, não é uma decisão que concerne especificamente aos operadores do direito, sendo, sim, uma consequência da má gestão da saúde pública**

Nestes termos, o mandado de segurança se apresenta como uma via processual inadequada, pontualmente por não prever a fase instrutória, limitando extremamente a discussão e ofendendo o devido processo legal, o contraditório,

a ampla defesa e o acesso igualitário e universal ao SUS. Por esta razão, não se deve prosperar o argumento de que o mandado de segurança é o instrumento mais adequado diante da urgência típica das demandas de saúde.

A exemplo disto, apresenta-se o mandado de segurança n. 1.0000.18.021395-1/000, o qual entendeu-se que a liquidez e a certeza do direito não foram verificadas com base nas provas juntadas pelo impetrante, mostrando-se imprescindível a dilação probatória, e julgando-se o mandado de segurança como via inadequada sem prejuízo da discussão nas vias ordinárias:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - ATO COATOR: AUSÊNCIA - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - CONDIÇÃO DA AÇÃO. 1. Em mandado de segurança, a prova pré-constituída dos fatos em que se fundamenta o direito líquido e certo constitui condição da ação sem a qual inadequada a via mandamental, vez que, nela, impossível a dilação probatória. 2. Ausente nos autos a comprovação do ato apontado como coator, imprescindível à análise do mandado de segurança, o writ deve ser negado.

V.V.: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO - SAÚDE - DOENÇA DE PARKINSON - PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA MATÉRIA NA ESTREITA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA - QUESTÃO AFETA AO MÉRITO DA AÇÃO - PRELIMINAR REJEITADA. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, não há se falar em inadequação

da via eleita em razão da necessidade de dilação probatória, na medida em que tal fundamento depende da análise do mérito para ser adotado, o que, se for o caso, importará em denegação da ordem por ausência do direito líquido e certo, e não no reconhecimento da ausência de uma das condições da ação.

Todavia, o operador do direito poderá propor a ação ordinária e se valer do instituto da tutela provisória de urgência, lastreado em laudo médico anexado à petição inicial, afastando o risco de perigo decorrente de eventual demora no provimento jurisdicional, sem que seja prejudicado o devido processo legal.

O posicionamento de Héctor Valverde Santana e Roberto Freitas Filho segue o mesmo entendimento:

Reconhecer que o impetrante não apresentou provas suficientes para a concessão da segurança não lhe representa prejuízo, na medida em que a via da ação ordinária lhe daria oportunidade de produzir prova necessária para o acolhimento do pedido. Com a instrução adequada, seria possível esclarecer as questões técnicas levantadas, impugnar os laudos produzidos e fornecer os subsídios necessários à decisão, a partir de critérios técnicos e de evidências científicas. A ação ordinária não representaria risco para a saúde do impetrante, já que há a possibilidade de concessão de tutela provisória, o que evita o risco de demora decorrente de dilação probatória.

Ressalta-se ainda, que a tutela provisória da evidência também pode ser utilizada neste cenário.

Em conformidade com a previsão do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, a tutela da evidência será deferida se os fatos dependerem de comprovação documental e se houver tese fixada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

#### **4 Considerações finais**

Em síntese, a tutela do direito à saúde, mais especificamente direcionado à tecnologia não prevista em listas oficiais do SUS, deve ser discutido no âmbito das ações ordinárias com pedido de tutela antecipada, pois este, possibilitará a dilação probatória, buscando equilíbrio entre o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa; sem prejuízo da urgência reclamada, não comprometendo as políticas públicas de saúde.

Desta feita, conclui-se que o mandado de segurança, somente será a via adequada para se pleitear o direito à saúde nos casos em que a tecnologia, fármaco, tratamento, etc. estiverem incorporados nas listas oficiais do SUS, considerando que a Constituição Federal, prevê que o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas públicas, sendo os PCDTs, a RENAME e outras listas oficiais instrumentos fundamentais de implementação das referidas políticas; inclusive, os referidos programas devem ser a regra de dispensação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito da rede pública de saúde.

Quando estes, não estiverem previstos nas mencionadas listas, a via adequada passa a ser a via ordinária, em razão da dilação probatória, com respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa; considerando principalmente, que determinada tecnologia não prevista nas listas oficiais envolva certa discus-

são científica das evidências, o que, por si só, já afasta a liquidez e a certeza do direito.

O tema trazido não é pacífico, existem decisões em ambos os sentidos. Contudo, constata-se um crescimento da corrente jurisprudencial que considera inadequada a via mandamental, dada a ausência de dilação probatória.

### Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2019/03/08661c101b-2d80ec9593d03dc1f1d3e.pdf](http://www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2019/03/08661c101b-2d80ec9593d03dc1f1d3e.pdf).

SANTANA, Héctor Valverde; FREITAS FILHO, Roberto. Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 75-100, dez. 2018. Disponível em: [www.arqcom.uniceb.br/RBPP/artice/view/5637/pdf](http://www.arqcom.uniceb.br/RBPP/artice/view/5637/pdf).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei do mandado de segurança comentada**: artigo por artigo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TJMG. Mandado de segurança n. 1.0000.18.021395-1/000. Relator: Belizário de Lacerda. In: **Diário do Judiciário eletrônico** (DJe), 17 ago. 2018. Disponível em: [ww5.TJMG.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhasPorPagina+10&numeroUnico=1.000.18.021395-1%2F000&pesquisa numeroCNJ=Pesquisa](http://ww5.TJMG.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhasPorPagina+10&numeroUnico=1.000.18.021395-1%2F000&pesquisa numeroCNJ=Pesquisa).



**Ederson Hassegawa Moscoso Rohr**

Advogado. Bacharel em Direito pela União das Escolas Superiores de Rondônia (Uniron). Especialista em Direito Processual Civil e Direito Consumerista. Associado da banca Maldonado & Souza Advogados.



**Welinton Rodrigues de Souza**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Especialista em Direito Trabalho e Processual do Trabalho. Sócio-proprietário da banca Maldonado & Souza Advogados.



**Marcelo Maldonado Rodrigues**

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia (FARO). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Assessor jurídico do Sindicato dos Trabalhadores da Empresa de Correios e Telégrafos em Rondônia (Sintect/RO). Sócio-proprietário da banca Maldonado & Souza Advogados.

# O mandado de segurança e o direito de uma chance na vacinação contra a Covid-19

Em uma análise global, estamos vivenciando uma escassez na oferta de imunizantes, especialmente no Brasil, em virtude da política conservadora e integracionista do governo federal c/c a politicagem e corrupção em níveis estaduais e municipais, circunstâncias que acabam enchendo o coração dos brasileiros de incertezas, angustias e desespero, tanto pela micro velocidade na imunização de nossos conterrâneos, quanto pela impossibilidade de vivermos o quando antes o retorno da economia ao status antecessor a esta brutal pandemia.

O governo federal deu início ao Plano Nacional de Operacionalização da vacinação contra a Covid-19, amplamente divulgado pelo Ministério da Saúde, que passou a ser a medida mais assertiva no enfrentamento à crise de saúde, atendendo aos esforços públicos para redução da mortalidade e disseminação da infecção.

Fica fácil evidenciar que o cerne da questão está na escassez na oferta de imunizantes,

havendo, portanto, a necessidade de garantir que grupos então descritos como prioritários sejam de pronto imunizados. Referida medida pode ser considerada a mais eficaz do ponto de vista econômico e social, visto que produz grande impacto na redução das internações e/ou dos efeitos advindos da enfermidade, reduzindo o tempo e quantidade de hospitalização.

Neste ponto, podemos abrir um parêntese, visto que a administração pública, em todas as suas esferas, traçou uma estratégia para operacionalizar a aplicação de agentes imunizantes, definindo grupos prioritários e não prioritários, e para tanto foram utilizados elementos científicos que o justificasse.

Pois bem, aqui passamos a destacar a eficácia do princípio da separação dos poderes, onde cumpre verificar se o Judiciário deve ou não se manifestar quanto à ordem de imunização do amplo rol do grupo prioritário, seguindo o princípio do livre convencimento do magistrado, ou se deve proferir decisão com auxílio de critérios técnicos e científicos adotados pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Ricardo Lewandowski, no processo ADPF 754:

O perigo decorrente da alegada omissão sobre a discriminação categorizada dos primeiros brasileiros a serem vacinados – uma vez que a quantidade de vacinas disponíveis até o momento em solo nacional é muito inferior ao número das pessoas incluídas como prioritárias –, é evidente, e compromete o dever constitucional da proteção da vida e da saúde.

Assim, a decisão proferida pelo Plenário do STF teve fundamento nos princípios da publi-

cidade e da eficiência, previstos no art. 37, da CF/88, no direito ao acesso à informação prevista no art. 5º, XXXIII, no art. 37, § 2º, II, no dever do Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida prevista no art. 5º, caput e no direito à saúde prevista no art. 6º e art. 196.

A decisão proferida pelo Douto Ministro foi mantida pelo Plenário, deixando claro, que cabe ao poder Executivo delimitar e estabelecer a ordem de preferência entre os grupos e subgrupos prioritários, e ainda que o poder legislativo estadual ou municipal inclua na categoria de prioritários determinado grupo, cabe ao poder executivo estabelecer a ordem de vacinação.

A exemplo, cito a lei municipal n. 2.809, de 10 de maio de 2021, que em seu § 1º inclui no rol do grupo prioritário da campanha de vacinação do vírus SARS-CoV-2, Covid-19, os Advogados.

Muito se tem discutido, recentemente, acerca da “teoria da perda da chance”, que surgiu na França, na década de 1960. No Brasil, o saudoso ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, com suas sábias palavras, conceituou o que seria a teoria da perda da chance, o qual esclareceu que

para a reparação civil do dano, no âmbito da responsabilidade civil, quando a ação de alguém (responsável pela ação ou omissão, objetiva ou subjetivamente) elimina a oportunidade de outrem, que se encontrava na situação de, provavelmente, obter uma vantagem ou evitar um prejuízo” (Aguiar Júnior, 2018, p. 469).

A teoria da perda da chance a considera suscetível de indenização, pois o seu exórdio foi firmado a partir de reflexões de casos concre-

tos, que traziam a ideia de entender que, independentemente de um resultado final, quando a ação ou omissão de alguém provocasse a perda da oportunidade de uma pessoa obter a este resultado, este alguém, deveria ser responsabilizado, ainda que a pessoa futuramente não tivesse certeza em conquistá-la.

Frisa-se, que a “pessoa” que provoca danos a outrem traz para si a responsabilidade pelo eventual ilícito praticado, pois o fato de ter privado alguém da chance de um resultado útil ou somente de ter privado alguém de evitar um prejuízo, já configura os requisitos necessários para a responsabilização civil, e em caso mais graves até penal. Dessa forma, a perda da chance nos leva a compreender que em eventos de exceção, como no caso da pandemia pela Covid-19, privar ou punir um cidadão, em muitos casos pais de família e autônomos, de se vacinar por motivos fora da regulamentação vigente, pode sim configurar lesão a direito líquido e certo.

O que é de suma importância compreender é que a teoria da perda da chance trouxe uma modalidade nova de dano autônomo, suscetível de indenização no âmbito da responsabilidade civil, bem como lesão a direitos líquidos e certos garantidos na Constituição.

É nessa perspectiva, que abordamos a questão do mandado de segurança, pela perda da chance de uma pessoa se vacinar contra a Covid-19, que por motivos adversos à normatização vigente que trata do assunto, é proibido de se vacinar mesmo que se enquadre nos requisitos.

Faz necessário, esclarecer que a Covid-19 é “uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de dis-

tribuição global.” Conceito atribuído ao site do governo federal (Ministério Saúde).

Levando em consideração que “a Covid-19 foi a maior causa isolada de mortes no Brasil em 2021, com 92 mil óbitos, no período de 1º de janeiro a 18 de março. O número corresponde a 28% do total das mortes no ano.” Levantamento realizado pela CNN com base em dados do Portal da Transparência de Registro Civil da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (Arpen).

Atualmente, a maioria das pessoas sabe que a vacina contra a Covid-19 é a “única” solução para dar um basta no número elevado de mortes no mundo e inclusive no Brasil. Pois, a vacina “protege” a pessoa contaminada de sintomas mais graves, evitando hospitalizações e mortes. Além do mais “impede” a contaminação de mais pessoas. Quanto maior o número de vacinados, menor o risco de contaminação e desenvolvimento da forma mais grave da doença.

Trazendo a discussão para o âmbito de nossa capital, Porto Velho-RO, há relatos de diversos casos de pessoas que se enquadravam dentro da normatização prevista pelo ente público de saúde e que, por motivos adversos a sua vontade<sup>1</sup>, foram proibidas de serem vacinadas, já na fila para tal.

Será que o agente público de fiscalização está preparado de fato para tais situações? Será que o mesmo tem conhecimento de sua responsabilidade em proibir um cidadão de se vacinar, evitando assim seu contágio, a disseminação do vírus e até as mortes que podem

<sup>1</sup> Chegada e horários ou dias posteriores aos agendados; pular portões já fechados mesmo havendo elevado quantitativo de pessoas em fila; questionar a validade de laudos médicos proferidos, etc.)

ser evitadas? Será que o agente público pode impedir um cidadão, pai de família e trabalhador autônomo, do “direito a uma chance” de ser vacinado o quanto antes possível e ter assim uma chance maior de sobreviver e sustentar os seus?

**...a teoria da perda da chance trouxe uma modalidade nova de dano autônomo, suscetível de indenização no âmbito da responsabilidade civil, bem como lesão a direitos líquidos e certos garantidos na Constituição.**

Como já mencionado, sabe-se que o Judiciário não vai se manifestar, quanto à ordem de imunização do amplo rol do grupo prioritário, seguindo o princípio do livre convencimento do magistrado, ou se deve proferir decisão com auxílio de critérios técnicos e científicos adotados pelo Poder Executivo, visto que, a decisão proferida pelo Douto Ministro Ricardo Lewandowski, no processo ADPF 754, foi mantida pelo Plenário, “deixando claro, que cabe ao poder Executivo delimitar e estabelecer a ordem de preferência entre os grupos e subgrupos prioritários, ainda que o poder legislativo estadual ou municipal inclua na categoria de prioritários determinado grupo, cabe ao poder executivo estabelecer a ordem de vacinação.”

Contudo, o direito de ação é um instituto protegido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, constado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que resguarda o direito de acesso à justiça. Este dispositivo estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988, o mandado de segurança que é um remédio constitucional que é utilizado de forma subsidiária, com o objetivo de garantir que autoridades e órgãos que exerçam o poder público não impossibilite o acesso de pessoas a direitos constitucionais. Ele se destina a proteger o indivíduo de violação – ou ameaça de violação – de outros direitos que não sejam protegidos por *habeas corpus* ou *habeas data*.

O mandado de segurança é regulamentado pela Lei n. 12.016, de 2009, que leva o nome de “A Nova Lei do Mandado de Segurança”. Consiste em uma ação jurídica que permite ao cidadão fazer valer um direito que é seu por lei e que foi violado – ou que está sob a ameaça de ser violado – por uma autoridade pública ou um agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Desta maneira, a ação garante ao indivíduo usufruir do direito líquido e certo, ou seja, o que pode ser comprovado por documentação sem a necessidade do crivo do juiz.

Pode-se dizer que o direito é líquido e certo quando a alegação por parte de quem ajuizou o mandado dispensa dúvidas, ou seja, sempre que não há a necessidade de comprovar o direito da pessoa que entrou com a ação.

Assim, qualquer pessoa que pertença a um grupo prioritário, que possui o seu direito líquido e certo de se vacinar contra o coronaví-

rus – Covid-19, uma vez, violado, ou que estava sob ameaça de ser violado, por uma autoridade pública ou um agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, deve-se utilizar do remédio constitucional, o

mandado de segurança (artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal), assim como pleitear a devida indenização pelas perdas e danos que eventualmente tenha para que seja feita a mais lúdima justiça.

### Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm).

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é a Covid-19?** Disponível em: [www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus](http://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 754 TPI segunda REF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755295024>.

CNN. **Brasil Saúde**. Disponível em: [www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/19/dados-mostram-que-covid-19-ja-e-a-doenca-que-mais-matou-no-brasil-em-2021](http://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/19/dados-mostram-que-covid-19-ja-e-a-doenca-que-mais-matou-no-brasil-em-2021)

PORTO VELHO. Câmara Municipal. **Lei n. 2.809, de 10 de maio de 2021**. Dispõe sobre a inclusão dos Motoristas de Aplicativo no rol grupo prioritário da Campanha de Vacinação para Imunização do vírus SARS-Cov-2, COVID-19 e dá outras providências. Disponível em: <https://sapl.portovelho.ro.leg.br/norma/13037>.



# Mandado de segurança em medidas atípicas na execução



**Alan Rogério Ferreira Riça**

Advogado. Graduado pela Faculdade de Rondônia (FARO). Especialista em Metodologia do Ensino Superior (Uniron). Ex-membro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rondônia. Compõe a banca do escritório Ceccatto Advogados & Associados.

## Sumário

1. Introdução
2. Resumido conceito do mandado de segurança
3. A segurança elevada para o resultado prático do direito líquido e certo do credor
4. A segurança na contramão do resguardo do Credor
5. Considerações finais

## **1** Introdução

Matéria não muito antiga, mas que, de certo modo, há tempos vem sendo praticada pelo jurisdicionado da Federação Brasileira, teve sua sedimentação ainda mais abarcada através do novel Código de Processo Civil de 2015, que através do seu art. 139, IV, entregou aos juízes maiores poderes para “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Neste caso nos deparamos com as tão bem conhecidas “medidas atípicas”, que foram introduzidas no sistema jurídico pátrio buscando a efetivação e/ou resultado prático das obrigações, particularmente àquelas estabelecidas ao seu efetivo cumprimento em pecúnia. Em que pese o importante objetivo da matéria, certo é que a mesma trouxe ao lume discussões de todas as ordens, isto porque a visão temática resulta em uma via de mão dupla.

A “via de mão dupla” que se declara, refere-se a dois resultados ocorridos em momentos díspares que geram teses uma hora a favor e em outra contra, um quando o patrocínio jurídico ocorre ao credor da obrigação, buscando este os mais possíveis resguardos ao recebimento do crédito, enquanto o segundo, obviamente, se dá quando o possível devedor da obrigação tem sobre si as referidas medidas acauteladas, que em muito buscam alcançar seu passaporte, CNH, créditos em cartões, salários, benefícios, pensões, etc.

Certamente que o exercício drástico emparelhado no processo como acima explanado, alude em primeiro plano, ferimento a direito descrito em nossa Carta Magna, precipuamente no que tange aos “princípios fundamentais”, no caso a “dignidade da pessoa humana” e “direito de liberdade e locomoção”, vez que a expropriação ou, ainda, determinações mandamentais ou sub-rogoratórias adentram na esfera de prejuízo a manutenção financeira do devedor ou, ainda, ao seu direito de ir e vir. Quanto ao credor, este escorado em um título de crédito judicial, pelo qual utilizou de um médio ou longo prazo para vê-lo se concretizar, somando-se as expensas financeiras para tanto, quer ter o resultado prático concretizado.

Nesse imbróglio de discussões, onde um busca se resguardar das possíveis medidas “radicais” abarcadas pelo art. 139, IV, do Digesto Processual, outro, porém, subjuga a situação aos esteios mais humanitários que precede a Norma Processual, particularmente aquelas contidas na Lei Maior quando trata dos direitos fundamentais e cláusulas pétreas, neste caso sendo comum que se utilizem do mecanismo constitucional, o bem conhecido mandado de segurança.

Pelo arrazoado acima, chega-se à conclusão que pode o credor se utilizar do remédio constitucional para em caso de negativa às benesses das medidas atípicas, não sendo diferente ao devedor ou quem sinta tenha ferido frontalmente o direito de ir e vir, bem como, de ter prejudicada a sua manutenção e de seus familiares, ter a mesma faculdade da utilização do *mandamus* no caso da aplicação daquelas medidas.

## **2 Resumido conceito do mandado de segurança**

O mandado de segurança encontra-se introduzido no Título II da Constituição Federal Brasileira, mais precisamente da tratativa dos direitos e garantias fundamentais e, ainda, do Capítulo I que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, conforme se observa do seu art. 5º, LXIX:

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

I - ...;

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.

Trata-se de um dos remédios constitucionais que tem por objeto tutelar direitos e garantias individuais e coletivas, desde que não amparados por *habeas-corpus* ou *habeas-datas*, sendo introduzido ao mundo jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1934, resultante da tão bem conhecida “doutrina brasileira do *habeas corpus*” que tem por introdutor o ilustre jurista Ruy Barbosa, ampliando-se a interpretação do texto da Constituição de 1891.

### **3 A segurança elevada para resultado prático do direito líquido e certo do credor**

Ao entendimento mais que especulado no sentido do credor ter a efetiva contemplação de seu crédito, com medidas coercitivas ao devedor para que cumpra com a sua obrigação, é fenômeno que se exteriorizou anteriormente no art. 475-J do Código de Processo Civil de 1973, repetindo-se no art. 523, § 1º do Digesto Processual de 2015, uma vez que a multa e arbitramento de honorários de sucumbência dita a majoração do valor devido, o que de certo modo força em muito o pagamento imediato da dívida.

Os interesses de mudança e praticidade nas questões que envolvem a imediata e/ou

necessário pagamento do que se deve, resultado de uma cominação judicial, já se cogita e com bandeira de teses que se escoram no tema *Contempt of Court*, onde ocorre a necessária e não menos importante imposição do devedor, corrente levantada pelo magistério do ilustre Araken de Assis, onde defende que o devedor deveria ser preso em caso da falta de pagamento da dívida, tal qual se observa ao devedor dos alimentos.

Vitor Gomes Rodrigues de Melo (2019), citando o ínclito professor acima, afirma que

(...) É preciso que se introduza, entre nós, o *Contempt of Court*. A possibilidade de o juiz decretar a prisão do executado, caso ele desobedeça às determinações judiciais, constitui o meio mais rápido e eficiente de assegurar o êxito do processo executivo. **O sucesso da execução de alimentos salta à vista.** (grifos nossos)

Entoa-se tal discussão para lembrar que a classe jurista – particularmente os advogados – se engaja na busca de exteriorização das medidas contidas no art. 139, IV, do Código de Processo Civil, criando situações fáticas jurídicas a amoldar um resultado prático que vise o efetivo cumprimento da obrigação em pecúnia. De sorte que em dados momentos, ao apreciar o requerimento quanto às execuções de medidas atípicas, o juízo permeia em muitas das vezes a negativa e/ou indeferimento do que se pede, recaindo como já explanado na vedação levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), ou também no direito de ir e vir (art. 5º, XV, CF).

Como bem já mencionado em linhas anteriores, a primeira situação se refere as expro-

priações de valores sobre poupança, salário, cartão de crédito, benefícios, pensões, entre outros, onde o magistrado se atém em fundamentar que a penhora impositiva desses valores viola preceitos constitucionais, pois o devedor não terá condição financeira de se manter e guarnecer, também, os seus familiares. Na segunda situação, é a corriqueira negativa quanto ao bloqueio de CNH ou passaporte, pois entende o juízo que, nesta condição, o devedor além de ter ferido o direito constitucional de ir e vir, de reboque não terá condição de se locomover ao ponto de deixar de trabalhar e resultar na continuidade do débito.

Diante da clara injustiça – em determinados momentos – pois as vezes o valor bloqueado não atrapalha, e da mesma forma o direito de ir e vir não se contempla com o bloqueio da CNH, razão da existência de demais transportes públicos (ônibus, metrô, etc.), é que diante de tais negativas ser ver possível o enfrentamento através do mandado de segurança, pois latente ferimento ao direito líquido e certo abarcado pelo credor, ou seja, de receber o que lhe é devido conforme determinação judicial anterior.

Estatisticamente mais de dois terços das decisões de medidas atípicas se referem à suspensão de CNH ou passaporte, o que deixa claro ser uma das condições coercitivas que podem trazer um resultado positivo no cumprimento de sentença ou no procedimento de execução, imperioso que o credor lance mão sobre o remédio constitucional a ter albergado a suspensão dos documentos em discussão, pois não é crível um cidadão dizer que necessita de sua CNH para trabalhar e não cumprir com suas obrigações, o que se diz daquele que em muito devendo tem condições de viagem para o exterior.

Não muito distante dessa realidade, eis que no âmbito do Judiciário Trabalhista já se formam correntes novas, mas fortíssimas, quanto à medida extrema de suspensão/retenção da CNH do devedor, quando o *mandamus* busca o cumprimento da obrigação trabalhistas, cujas posições instruídas pelo Código de Processo Civil, descrevem de forma categórica que a medida concedida não dita um ato ilícito, vedação do direito de ir e vir ou disposição legal, senão vejamos:

SUSPENSÃO DE CNH DE DEVEDOR DEPOIS DE EXAURIDAS TODAS AS TENTATIVAS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXECUTADO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL OU DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IR E VIR. A determinação de suspensão e apreensão da CNH do sócio executado não constitui ato ilícito. Ao contrário, encontra guarida no art. 139, III, do CPC, dispositivo aplicado subsidiariamente ao processo de execução trabalhista, tanto por força do art. 15 do CPC, quanto do art.3o, III, da Instrução Normativa no 39/2016 do c. TST. Outrossim, também não representa violação do direito de ir e vir, uma vez que a locomoção do devedor poderá se dar livremente por outros meios. (TRT-18 - MS: 00101167820195180000 GO 0010116-78.2019.5.18.0000, Relator: ROSA NAIR DA SILVA NOGUEIRA REIS, Data de Julgamento: 06/06/2019, TRIBUNAL PLENO)

Tratamos no parágrafo anterior o respaldo através do *writ* para concessão da medida quanto a proibição de uso da CNH, que decerto os mesmos parâmetros podem, também,

abranger o passaporte, ou até mesmo quanto ao bloqueio de valores inerentes ao salário, que neste caso o devedor usualmente se utiliza da tese da impenhorabilidade, mas em dados momentos o percentual em até 30% (trinta por cento) nem sempre prejudica a sua manutenção.

Não deixando de se falar, ainda, da possibilidade (discussões vigentes) de constrição de catões de crédito, em restituição de imposto de renda, bem como, das mais diversificadas possibilidades quem muito se aclaram em nosso ordenamento.

## **Estatisticamente mais de dois terços das decisões de medidas atípicas se referem à suspensão de CNH ou passaporte...**

Registra-se que a exemplificação da utilização do mandado de segurança na Justiça Trabalhista, não o limita apenas nessa especializada, é uma matéria ampla que se desenvolve e abarca, também, o Judiciário comum e federal.

### **4 A segurança na contramão do resguardo do credor**

O introdutório deste experimento aludiu que a tese de utilização do mandado de segurança em medidas atípicas na execução, formaliza uma extensa criação de pensamentos teóricos, onde os juristas encampam uma favorável ao credor, e certamente uma em favor do devedor.

Alinha-se neste momento tal pensamento, por um motivo óbvio e que não pode se negar. O mandado de segurança tal qual o *habeas-corpus* e *habeas-data*, tem introdução ao ordenamento jurídico pátrio como remédio constitucional de caráter especial, integrado à tutelar direitos, deveres, garantias, liberdade de todo e qualquer cidadão brasileiro, concluindo-se que na assentada discussão aqui trazida, o devedor na contramão da busca extrema de cumprimento pelo credor, pode, também, se valer deste mecanismo à buscar o restabelecimento de direitos e garantias que achar tenham sido feridos, em consequência à determinação judicial, como por exemplo: suspensão/apreensão de CNH e passaporte, bloqueio de parte do salário e saldo de conta-poupança, leia-se:

RECURSO ORDINÁRIO DA LITISCONSORTE MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DA LITISCONSORTE. ATO COATOR NO QUAL SE DETERMINAVA A PENHORA DE 30% DOS SALÁRIOS PARA PAGAMENTO DE MULTA POR LIIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ATO IMPUGNADO PRATICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/15. ABUSIVIDADE DEMONSTRADA. ARTIGOS 833, IV E § 2º, DO CPC/15. SEGURANÇA CONCEDIDA QUE SE MANTÉM. Conquanto não houvesse previsão legal no Código de Processo Civil de 1973, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, ao prever a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, expressamente estabelece ressalva no § 2º relativamente à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independente-

mente de sua origem, no que se incluem, portanto, os créditos de natureza trabalhista. No caso concreto, julgados improcedentes todos os pedidos formulados na reclamação trabalhista o juízo da execução determinou a penhora sobre salários do então reclamante para pagamento de dívida de natureza não alimentar – multa por litigância de má-fé a que fora condenado. É o caso, portanto, de se aplicar a impenhorabilidade prevista no art. 833, IV, do CPC, visto que se trata de bloqueio incidente sobre verba de natureza alimentar para adimplemento de parcela de natureza não alimentar. Fere o princípio da razoabilidade conceber que se ultrapasse o entendimento do homem médio em torno do que se compreende por salário e sua importância para o trabalhador para que se determine a penhora – ainda que parcial – em favor de uma empresa. O caso concreto ora em análise nem mesmo se amolda a qualquer das exceções à impenhorabilidade descritas na norma de regência. Sob esse enfoque, **há que se manter a decisão que** determinou a anulação da penhora sobre salários para pagamento de multa por litigância de má-fé, ainda que imposta em reclamação trabalhista, em razão da manifesta natureza não alimentar do débito. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (TST; RO 0000272-83.2019.5.08.0000; Subseção II Especializada em Dissídios Individuais; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 13/03/2020; Pág. 192)

Nesta senda, resta deixar claro que o direito de se utilizar do remédio constituio-

nal não se atrela ao resultado buscado, fato inesperado de qualquer procedimento judicial, mas que aclara a possibilidade de paridade de forças num conjunto geral de uma contenda judicial, favorecendo, também, o possível devedor.

## **5 Considerações finais**

As medidas atípicas no ordenamento jurídico são necessárias em determinadas ocasiões, principalmente quando o autor/credor já maneja de todas as formas com vistas ao cumprimento prático da obrigação pelo devedor. Ocorre não ser incomum que o magistrado se atenha tão somente às possíveis normalidades ou limitações jurídicas adstritas às normas legais, e por muitas das vezes negando o pedido de ações mais severas ou extremas a se chegar ao resultado adimplemento.

De modo que o credor se vendo preterido do seu direito líquido e certo, lança mão do mandado de segurança para ter exteriorizado os meios necessários que alberguem a inequívoca entrega de sua tutela, certamente extraída de uma anterior determinação judicial já transitada em julgado. Não sendo menos importante ou favorável, conforme demonstrado neste ensaio, que o possível devedor se utilize do mesmo remédio constitucional, tudo em razão da busca de vedação às constrições efetivadas.

O nosso ponto de vista é que a medida constitucional é verdadeiramente honrosa ao cidadão que se sinta prejudicado, seria o meio direto a que lhe possibilitaria a discutir o merecimento do efetivo cumprimento da obrigação, ou ainda, se negasse em ter seus ativos ou direitos abarcados pela determinação judicial

que lhe forçasse ao pagamento, enfim, estando ele na condição de credor ou temerosamente na condição de devedor, o inciso LXIX, do art. 5º

da Lei Maior lhe ampara à impetração do *writ*, o resultado seria consequência de uma discussão acalorada em dias atuais.

#### Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

MELLO, Vitor Gomes Rodrigues de. **Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court**: da efetividade e dos limites na sua aplicação. 2019. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/300358/medidas-atipicas-na-execucao-dequantia-e-o-contempt-of-court--da-efetividade-e-dos-limites-na-sua-aplicacao](http://www.migalhas.com.br/depeso/300358/medidas-atipicas-na-execucao-dequantia-e-o-contempt-of-court--da-efetividade-e-dos-limites-na-sua-aplicacao).

# S

## ubstituição processual no mandado de segurança: legitimidade ativa extraordinária



**Sandra Maria Feliciano da Silva**

Advogada nas áreas cível e administrativa, com especialização em Política e Estratégia pela Universidade Federal de Rondônia, especialização em Banco de Dados pela Universidade Federal Luterana, formação em Administração de Empresas pela Universidade Federal de Rondônia, escritora e professora.

A Lei do Mandado de Segurança (LMS), Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, estabelece uma curiosa substituição processual, em seu artigo 3º, legitimando indivíduos que, sofrem diretamente com a inércia do detentor de um direito que pode ser defendido pela via do mandado de segurança.

A lei apresenta outra substituição processual, prevista no artigo primeiro, parágrafo 3º da legislação: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”, mas essa previsão legal se distingue muito daquela expressa no artigo 3º da mesma legislação.

Vislumbra-se facilmente, à simples leitura de ambos, que o artigo primeiro se refere a um litisconsórcio facultativo unitário, bem esclarecido no julgado que levou a edição da Súmula nº 628, do Supremo Tribunal Federal, mas que não se confunde com a legitimidade ativa que confere o artigo terceiro do mesmo instrumento legal.

Vamos nos fixar, exclusivamente, nos aspectos desse último.



O teor do artigo terceiro estabelece:

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.

É uma legitimidade ativa consecutiva ou sucessiva, concedida àquele que sendo o terceiro na relação de direito, é “titular de direito líquido e certo **decorrente de direito**, em condições idênticas” (grifo nosso).

Tucci (2012, p. 2) a denomina substituição processual “ulterior” ou “condicionada”.

O primeiro pressuposto dentre aqueles permissivos à impetração – e antecedente ao direito do impetrante previsto no art. 3º da Lei, é que há um anterior titular de um direito, que não é o impetrante.

Portanto, não é uma legitimidade concorrente, onde um ou outro pode agir (conjunta ou separadamente), mas uma legitimidade de caráter sucessivo ou condicionada, como se verá adiante.

O direito do terceiro, em que se fundamenta o Impetrante, quando age amparado no art. 3º da LMS, também deve ser um direito amparado por mandado de segurança.

A legitimidade é incomum porque, embora o impetrante venha a defender o seu direito, portando o defende em nome próprio, se verá obrigado a defender a existência antecedente do direito de terceiro, no qual o seu direito se origina.

No entanto, não há que se confundir com a legitimidade concorrente, porque o indiví-

duo só possui a autorização legal para agir se omissa o titular do direito antecedente e agirá na defesa **do seu direito** e não em defesa do direito do terceiro.

Um equívoco a ser evitado na interpretação da lei, é pensar que o Impetrante defende o direito do terceiro.

Não, defende direito próprio.

Ocorre que a existência do seu direito é inteiramente dependente da existência do direito do terceiro por isso deve demonstrar, sem que pese dúvidas sobre isso, a existência do direito anterior.

Um exemplo que destacamos é do jurista Castro Nunes (*apud* Tucci, 2012, p. 27) que reproduzimos:

a) numa determinada repartição pública, a lei manda que as promoções se façam, todas, por antiguidade. Ocorrendo uma vaga, o mais antigo, a quem cabe a promoção, deixa que outro seja promovido, sem defender o seu direito líquido e certo à vaga. Este, o preterido, na terminologia da lei é o ‘terceiro’ titular de direito originário, que, por desídia, não vai a juízo arguir a ilegalidade. Quem tem maior antiguidade, depois dele, neste caso, ficará prejudicado e como ambos se encontram em condições idênticas, deve-lhe ser permitido defender o direito do mais antigo, caso este não o faça, embora para isto notificado. Na realidade, o que ele está defendendo será o próprio direito, embora o esteja fazendo mediante defesa do direito do colega mais antigo, do ‘terceiro’ negligente. É que novas vagas poderão ser preenchidas sem aproveitamento do mais antigo

e, não havendo reclamação, por parte deste, o segundo ficará lesado.

O segundo pressuposto é que o titular do direito não tenha agido para a defesa do direito próprio.

A demonstração da omissão deve estar, por óbvio, pré exibida na sua forma documental, na petição inicial.

A omissão só pode ser caracterizada com a exibição da ciência do ato lesivo pelo titular do direito (o terceiro) em que se funda o direito do Impetrante. É prova pré-constituída como pressuposto válido para o desenvolvimento do processo.

### **O direito do terceiro, em que se fundamenta o Impetrante, quando age amparado no art. 3º da LMS, também deve ser um direito amparado por mandado de segurança.**

No RMS 57 196/MT o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem por ausência de notificação anterior do titular do direito, em voto da lavra do Excelentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques, reconhecendo a notificação como pressuposto para a legitimação do Impetrante e condição para ação:

A prerrogativa conferida pelo art. 3.º da Lei 12.016/2009 exige para o seu exercício a prévia notificação judicial do titular

de direito líquido e certo originário e o transcurso do prazo de trinta dias sem se ter adotado alguma providência no sentido de coibir o arbítrio estatal.

A jurisprudência da Corte Superior é caudalosa nesse sentido.

O terceiro requisito é o prazo para a propositura do *writ*.

A legislação vigente estabelece o prazo de 120 dias, que se inicia “no prazo de 30 (trinta dias”, contados da intimação do terceiro.

Trata-se de prazo material, decadencial, contados a partir do trigésimo dia em que o titular do direito tomou ciência do ato lesivo e não se interrompe com pedido de reconsideração do ato, no teor da jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

A atual redação confere maior segurança jurídica que a anterior, pois fixa o termo inicial e final para o exercício do direito, enquanto a lei anterior remetia-se ao “prazo razoável” deixando azo a interpretações flexíveis do que pode ou não ser razoável, ao juízo do julgador.

Ocorre que, independentemente da decisão do mandado de segurança, recairão efeitos dela sobre o terceiro titular do direito em que se funda o direito do Impetrante, aquele que não usou de sua prerrogativa para contestar o ato lesivo.

Uma situação curiosa, pois aparentemente conformado com a lesão e tendo renunciado a contestação do ato lesivo por no mínimo trinta dias, ele vai obrigatoriamente integrar a ação, pois os limites subjetivos da coisa julgada recairão também sobre ele.

É pacificado na jurisprudência que, uma vez que os limites da coisa julgada vão refletir sobre

o terceiro, ele deve ser chamado para integrar o polo ativo na qualidade de assistente, em razão do disposto no art. 24 da LMS, interpretado a luz do novo Código de Processo Civil.

Da relatoria do Excelentíssimo Ministro HERMAN BENJAMIN, destacamos parte da ementa do Recurso Ordinário em mandado de segurança, RMS 50 635 / DF 2016/0104030 – 4, publicado no DJe 27/04/2017.

O STJ firmou o entendimento de que sempre que os efeitos da sentença atingem os candidatos já aprovados, alterando-lhes notas e ordem de classificação, devem todos eles integrarem a lide na condição de litisconsortes necessários, em aplicação ao comando do art. 47 do CPC, sob pena de nulidade do processo a partir de sua origem. Precedentes: RMS 40.956/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1.º.4.2013; AgRg no RMS 37.596/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4.6.2013; RMS 27.777/PI, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2.4.2012; AgRg no RMS 25.487/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18/3/2009.

A indicação do litisconsorte assistencial obrigatório deve ser feita na petição inicial, pois a própria LMS não permite a formação litisconsorcial posterior (art. 9º, § 2º) e tão pouco a lei processual para esse caso (art. 114 do Código de Processo Civil) e sua ausência é caso para indeferimento da petição inicial (art. 10 da LMS).

É justificada a formação litisconsorcial, pois, supondo que deve o magistrado proceder à análise da existência do direito do terceiro, pré-requisito para sustentar o direito do Impetrante, pode ele se manifestar em sentido negativo, atingindo a matéria de mérito e desconstituindo o direito do terceiro, a quem deve ser oportunizado o direito de se manifestar.

Trata-se de um litisconsórcio necessário por disposição da lei e da natureza da relação jurídica controvertida, caso contrário, o terceiro não poderá ser atingido pela coisa julgada.

O litisconsorte assistencial (o terceiro), por sua vez, pode aderir à tese do Impetrante ou ainda adicionar-lhe outros argumentos e documentos, que possam suportar mais vividamente o seu direito.

Há que se registrar que a Lei do Mandado de Segurança, não impede que o terceiro, dentro do prazo de 120 dias da prática do ato ilegal, venha a impetrar mandado de segurança, mesmo depois de proposta ação nos termos do artigo 3º da LMS.

Isso é possível porque o terceiro pode aduzir, não só as mesmas razões do Impetrante, como pode apontar violação diversa da apresentada pelo Impetrante, que baseia sua ação na autorização do artigo 3º da LMS, permitindo que, mesmo que a ordem seja denegada por ausência do direito invocado pelo Impetrante, possa vir a ser reconhecido por outro fundamento em um *writ* do próprio terceiro.

Nesse caso, torna-se prevento o juízo que conheceu do primeiro mandado de segurança, para sentenciar a ambos.

Não pode se socorrer desse instrumento o terceiro atingido por decisão judicial, exceto se não teve oportunidade para recorrer na ação

sentenciada, em atenção ao contido no artigo 5, inciso II da LMS e da Súmula 267<sup>1</sup> do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>.

A matéria é extensa e permite inúmeras abordagens, que não podem ser suportadas por um reduzido artigo, que se espera tenha aclarado o tema um pouco mais.

#### Notas

- <sup>1</sup> Súmula 267 Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.
- <sup>2</sup> Súmula 202 A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.

#### Referências

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm).

BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

MIGLIORANZA, Micheli. **Legitimidade: A Legitimidade, Interesse Processual e Classificação das ações**. Publicado em [www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54434/legitimidade-a-legitimidade-interesse-processual-e-classificacao-das-aes](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54434/legitimidade-a-legitimidade-interesse-processual-e-classificacao-das-aes) em 21/04/2020 as 4:30h.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12016/2009). *In: Revista Direito*, Ano 11, n. 15 (2011) p. 24. Disponível em: [http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito15\\_2.pdf](http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito15_2.pdf).

OLIVEIRA, Renata Alice Bernardo Serafim de. O mandado de segurança após o advento da Lei 12.016/09. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 241-243. 2010. Disponível em: [www.jfrj.jus.br/publicacoes/revista-sjrj](http://www.jfrj.jus.br/publicacoes/revista-sjrj).

TUCCI, José Roberto Cruz e. Legitimação ativa no mandado de segurança – Artigo 3º da Lei nº 12.016/2009. *In: Revista Magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, Magister, 2004. v. 9, n. 49, p. 5-12, jul./ago., 2012.

# A utilização do mandado de segurança nas licitações de obras e a necessidade de “modulação dos efeitos” nas decisões



**César Augusto Wanderley Oliveira**

Advogado. Graduado pela Faculdade de Rondônia (FARO). Mestre em Amazônia e Políticas de Desenvolvimento (UNIR). Especialista em Direito Tributário e Processo Civil (Uniderp). Atuou como Pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Obras da prefeitura municipal de Porto Velho. Presta assessoria, consultoria e promove capacitação em licitações, contratos administrativos e processo sancionatório.



**Talita Mônica de Oliveira**

Advogada. Graduada pela Faculdade Interamericana de Porto Velho (Uniron). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Atuou como assessora jurídica no Ministério Público do Estado de Rondônia (MPRO). Assessora jurídica do Ministério Público de Contas de Rondônia (MPC/RO).

## Sumário

1. Introdução
2. Dos requisitos do *writ*
3. Da jurisprudência no que concerne a não perda do interesse de agir pela homologação do resultado da licitação, da adjudicação e da celebração do contrato administrativo
4. Do pedido de ‘modulação dos efeitos’ das medidas derivadas de mandado de segurança em licitações de obras
5. Considerações finais

## 1 Introdução

Conforme é cediço, após muitos anos de discussão perante os tribunais acerca do mandado de segurança e da sua aplicação em casos específicos oriundos de processo licitatório, houve uma pacificação da jurisprudência e, com isso, a diminuição considerável das discussões meramente abstratas e formais quanto ao interesse de agir entre outras condições da ação. Ocorre que mesmo após essa sinalização harmoniosa quanto ao necessá-

rio controle de arbitrariedades pelo Judiciário, todos os autores envolvidos no cumprimento e adequação da medida judicial ainda encontram dificuldades em conciliar os efeitos da prestação jurisdicional e a função precípua do processo administrativo, causando muitas vezes a inviabilidade do objeto e o desperdício de recursos público cada vez mais escassos. O presente artigo tem o objetivo de realizar uma breve análise da evolução da jurisprudência e propor tópicos direcionados à ‘modulação de efeitos’ da decisão que devem ser considerados pelas partes visando o simultâneo atendimento ao interesse público e a legalidade no tocante às obras públicas.

## **2** Dos requisitos do writ

Em uma apertada recapitulação o mandado de segurança tem cabimento, nos termos do art. 5º, inciso LXIX, da CF/88, para a proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública, *in verbis*:

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; (...).

Para que seja reconhecido o direito líquido e certo, é necessário que este, consoante o magistério de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 37), apresente-se:

(...) manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante.

É imprescindível, portanto, que haja prova pré-constituída dos fatos articulados na inicial do *mandamus*, porquanto este não admite dilação probatória, de forma que todos os documentos necessários para a comprovação do alegado devem ser acostados aos autos pelo impetrante, no momento da impetração.

O pedido liminar está presente na maioria dos *mandamus*, existindo em muitos casos até uma confusão entre esse pedido precário e o mérito em si. Essa medida pode ser entendida como “uma providência cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante” (Moraes, 2000, p. 248) impedindo que a decisão pelo retardamento da concessão da medida não mais satisfaça a necessidade do impetrante.

Para a suspensão do ato a qual é dirigido é necessário ser “relevante o fundamento do pedido e do ato impugnado poder resultar dano não suscetível de reparação pela decisão final” (Bastos, 2001, p. 248).

Logo, quando a Constituição Federal se refere à proteção de direito líquido e certo, quer dizer que busca com a concessão da medida, conforme o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha “[...] salvaguardar, de deixar incólume, o direito líquido e certo ameaçado ou confrontado, e não se substituí-lo por

eventual ressarcimento ou forma compensatória: enfim, o mandado de segurança visa proteger o direito de agravo e não reparar dano dele decorrente" (*apud* Bueno, 1999, p. 49).

O primeiro requisito consiste na relevância do direito que diuturnamente está compreendido na ilegalidade da realização de atos manifestamente contrários imediatamente ao Edital e mediamente às bases principiológicas do Direito e a legislação aplicável. O perigo de ineficácia da medida, por conseguinte, resulta na maioria das vezes da iminência de uma contratação não só ilegal, pois feita em violação aos princípios acima elencados, mas também imoral, pois manifestamente contrária aos interesses públicos.

Ocorre que mesmo diante de uma liminar objetivamente aplicável e posterior concessão ou denegação da segurança dentro de parâmetros inquestionáveis juridicamente, o cumprimento dessa determinação – seja em caráter liminar ou terminativo – poderá causar em seu cumprimento prejuízos irreparáveis para o objeto do processo titulado, no caso de obras, sua paralisação indeterminada e a perda dos recursos até então empregados em alguns casos que explicaremos a seguir.

### **3 Da jurisprudência no que concerne a não perda do interesse de agir pela homologação do resultado da licitação, da adjudicação e da celebração do contrato administrativo**

Antiga discussão girava em torno da eventual perda do objeto em razão da homologação do resultado da licitação, da adjudicação e da celebração do contrato administrativo.

Tal entendimento, ora superado, encontrava azo em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, Tribunais Regionais Federais<sup>2</sup> e enunciado das Câmaras de Direito Público<sup>3</sup>.

A tutela jurisdicional nos certames sempre requereu cuidados especiais, sob o risco de causar, na superveniência do contrato, a irreversibilidade da medida – quando existe provimento liminar – ou até a inviabilidade da execução do processo tutelado no caso de julgamento de mérito em sentido contrário a liminar.

O fundamento primordial da jurisprudência colacionada residia na “teoria do fato consumado”, que acreditava que a finalização do certame licitatório consolidaria a situação fática e impediria a discussão sobre atos pretéritos, ensejando, assim, a perda superveniente do interesse de agir da impetrante. Em outras palavras, o provimento judicial não seria mais útil para o caso concreto levado a conhecimento do Poder Judiciário, causando a falta de uma das condições da ação.

A interpretação, *data maxima venia*, ignorava uma premissa básica: se o procedimento licitatório é eivado de nulidades de pleno direito desde seu início, a adjudicação e a posterior celebração do contrato também o são.

Permitiria nessa seara existir um vício no decorrer do procedimento licitatório capaz de gerar a nulidade do próprio contrato administrativo, segundo dispõe o inciso II, artigo 71, da Lei Federal 14.133/21. Ao tempo, sob a égide da 8.666/93, o ministro Mauro Campbell do STJ salientou, quando do julgamento do REsp 1.059.501/MG, que “entendimento diverso equivaleria a dizer que a própria Administração Pública, mesmo tendo dado causa às ilegalidades, pode convalidar administrativamente o procedimento, afastando-se a pos-

sibilidade de controle de arbitrariedades pelo Judiciário (malversação do artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente).”

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ADJUDICAÇÃO SUPERVENIENTE. PERDA DO OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que a superveniente homologação/adjudicação do objeto licitado não implica a perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório, aptas a obstar a própria homologação/adjudicação, como é o caso dos autos. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AglInt no RMS 52.178/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 02/05/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SUPERVENIENTE ADJUDICAÇÃO. PERDA DO OBJETO NÃO CONFIGURADA. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. 1. “A superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato” (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23/9/2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.223.353/AM, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 141.597/MA,

Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2012. 2. Recurso Especial não provido. (REsp 1643492/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017)

Ocorre que mesmo após o alinhamento doutrinário e jurisprudencial supramencionado, persistem os cuidados do juízo ao deferir liminar ou analisar o mérito principalmente no que concerne a uma modulação dos efeitos, tópico que também deve figurar nas peças das partes envolvidas promovendo uma tutela jurisdicional adequada e eficiente.

#### **4 Do pedido de ‘modulação dos efeitos’ das medidas derivadas de mandado de segurança em licitações de obras**

Preliminarmente, esclarecemos que o termo ‘modulação dos efeitos’ - derivado do art. 27 da Lei 9.868/99<sup>4</sup> - está sendo utilizado no sentido metafórico, querendo se referir tanto ao cuidado do juízo a considerar questões particulares da obra e sua situação atual, quanto das partes envolvidas em esclarecer em seus pedidos essas minúcias, conduzindo o processo à resolução do mérito sem desprestigiar a finalidade do processo administrativo, no caso em análise, uma obra pública.

Ninguém melhor do que a autoridade coatora e as empresas concorrentes/contratadas para relatar os resultados práticos da medida vindoura, visto que não se busca a perpetuação de nulidades, mas seu saneamento, retornando ao *status quo ante* salvaguardando, no que for possível, a finalidade e o erário.



Os Tribunais de Contas, por exemplo, já demonstram preocupação com a determinação de suspensão de obras, exigindo apresentação de plano de ação para impedir que as intempéries continuem danificando serviços já realizados, e ainda buscam, por meio de orientações normativas, maior eficiência na análise de procedimentos de obras.

O Tribunal de Contas da União (TCU), juntamente com Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça e Tribunais de Contas dos Estados, por meio da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), somaram esforços para estudar as problemáticas das obras paralisadas no Brasil, assunto que já vinha sendo trabalhado pela Frente Nacional de Prefeitos.

O TCU, por sua Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial, discorre importante comentário sobre as paralisações das obras, conforme colacionamos abaixo:

As paralisações de obras podem gerar efeitos deletérios maiores à sociedade do que a continuidade dos trabalhos pelas empreiteiras [mesmo sob suspeita de prática de superfaturamento], visto que se constatada e confirmada a irregularidade [superfaturamento] basta fazer o ajuste de contas objetivando o ressarcimento ao erário junto à empreiteira que recebeu os pagamentos indevidos, ao passo que a paralisação, sem a comprovação posterior do superfaturamento (a irregularidade) provoca, conforme ocorreu nesta TCE, danos sociais irreversíveis, dada a impossibilidade de aproveitamento economicamente viável da parcela executada, e sem qualquer condi-

ção de reparação dos danos (Tribunal de Contas da União - Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial - TC 005.956/2019-6).

Essa reflexão quanto as consequências do cumprimento da medida deveriam permear não só as decisões judiciais, mas também as peças defensivas da Administração, como também a manifestação do Ministério Público como *custos legis*, além do particular detentor da obra a ser interrompida, no sentido de indicar as providências mínimas necessárias a assegurar a integridade do que já foi construído evitando o desperdício dos recursos já aplicados.

### **...o mandado de segurança visa proteger o direito de agravo e não reparar dano dele decorrente...**

Veja, a ocorrência mais comum na utilização do remédio constitucional é quando existe a declaração da inabilitação da empresa "a", a qual, inconformada, ajuíza *writ* sob a alegação de que a decisão da Comissão de Licitação seria contrária ao que dispõe a lei, estando, por conseguinte, ilegal.

Na primeira situação, imaginemos que o magistrado concedeu a liminar determinando o afastamento do motivo da inabilitação da empresa e assegurando a manutenção de sua participação. Vencida a etapa habilitatória, a comissão passou para a aferição dos preços (tomando como base o rito clássico da Lei n. 8.666/93), sagrando-se vencedora a empresa

impetrante. Ocorre então a adjudicação, homologação e assinatura do contrato em seu benefício com a pertinente ordem de serviço. Com 20% do objeto executado ocorre a denegação da segurança e consequente cassação da liminar.

Para o cumprimento da decisão haveria a obrigação de desfazimento das fases do certame o que muitas vezes é impossível pela própria natureza da modalidade adotada.

Explico. Mesmo antes do advento da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (a Lei n. 14.133/21) já havia a possibilidade de inversão de fases nas modalidades da Lei n. 8.666/93 – cite-se que o rito clássico poderá ser utilizado por até dois anos, logo não restou revogado – quer dizer, após uma necessária regulamentação, a comissão poderia aferir preços e somente abrir o envelope da habilitação da menor proposta. Concluído o procedimento e homologada a licitação esses documentos lacrados são devolvidos, preservando o seu sigilo. Nesse exemplo, cassada a liminar, a administração teria que desfazer a licitação, pois não existiriam outros concorrentes na linha de classificação. A repetição da licitação poderia facilmente causar a inviabilidade do processo como um todo.

Novamente: não queremos dizer que a manutenção da ilegalidade seria o melhor caminho, contudo, até em seu cumprimento alguns cuidados mínimos poderiam diminuir sobremaneira o risco desse empreendimento se tornar inviável, um “elefante branco”, termo como as obras paradas são conhecidas.

Imaginemos que o percentual citado estivesse ainda ligado a estrutura da edificação, seria razoável esperar do administrador que promovesse as medidas necessárias antes da

paralisação a assegurar o mínimo de proteção desses elementos inacabados diminuindo os riscos de perecimento e tornando possível a continuação após a nova contratação?

A resposta poderia simplificar uma situação que é complexa.

Se por um lado nos parece evidente que a própria decisão judicial deveria balizar-se nos termos do arts. 20<sup>5</sup> e 21<sup>6</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – em demonstrar a necessidade e adequação da invalidação, trazer os motivos pelos quais não foi aplicada uma medida alternativa eventualmente cabível e indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas quando decidiu invalidar atos, contratos, ajustes – esse também é um dever concorrente ao administrador, mesmo que alegue não estar tomando a decisão, mas somente cumprindo a do magistrado. Também nesse sentido comenta Márcio Cavalcante, conforme abaixo transcrevemos:

no caso de invalidação de contrato administrativo, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá definir se serão ou não preservados os efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé terão seus direitos garantidos. Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as prestações, conforme disciplinado pelo art. 59 da Lei nº 8.666/93.

Em que pese sejam linhas que se tornam mais comuns nas sentenças no rito ordinário, ainda percebemos uma ausência de considerações mais minuciosas na concessão ou não da segurança quando o objeto são obras públicas.

Salutar que as partes deveriam, dentro de seu interesse processual, munir o juízo dessas informações para a decisão poder modular seus efeitos de maneira efetiva. Inicialmente, isso caberia à autoridade coatora – tendo em vista que o *mandamus* é direcionado a quem tem o poder de rever o ato. Inclusive essa primeira comunicação já poderia esclarecer um grande mal-entendido recorrente no cumprimento do *mandamus*, pois muitas vezes a sentença aporta ao processo administrativo quando o objeto já está sendo executado e, em que pese o Coordenador ou Superintendente Municipal de Licitações sejam as figuras mais comuns no organograma da administração a deter a competência para homologar o certame, por consequência da execução da obra em si já estão distantes da realidade do direito tutelado, devendo se socorrer das informações trazidas pelo gestor e pelo fiscal do contrato, por exemplo.

Ainda nesse sentido, quando a empresa vencedora não é a impetrante, embora não figure como litisconsorte passivo necessário, esta também poderá trazer valiosas informações do contexto fático da obra, além de suas razões jurídicas quanto à legalidade do certame anterior que lhe elegeu como melhor proposta.

Malgrado as informações terem natureza administrativa e não propriamente jurídicas, o órgão de representação da administração na maioria dos casos participa pelo menos no encaminhando destas considerações, oportunidade que também lhe seria razoável ponderar os efeitos do que se discute.

O causídico mais atento sabe que a repetição de uma licitação não é a mera reprodução dos documentos e a devolução dos prazos, mas sim a atualização de inúmeros elementos essenciais do processo que, muitas vezes,

podem levar à inviabilidade. Existem metas de convênios que não podem ser reprogramadas, causando a indisponibilidade dos recursos e a impossibilidade de publicação do certame nos termos do inciso IV do art. 72 da Lei 14.133/21, ou inciso III, do § 2º, do Art. 7º da Lei 8.666/93.

Sem esquecer que antes da publicação é obrigatória a aferição dos orçamentos com o valor atual de mercado, a atualização desses valores causaria a necessidade de repactuação com o órgão concedente, o que também na maioria das vezes resulta na revogação de licitações quando são impugnadas neste particular.

Para melhor ilustrar, o Índice Nacional da Construção Civil (Sinapi) encerrou 2020 com alta de 10,16%, quer dizer, uma liminar concedida no ano passado, resultaria em uma republicação da licitação com uma defasagem de mais de dez por cento. É necessário esclarecer um equívoco comum aos menos familiarizados com Licitações, que consiste em achar que os Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) apresentados pelas empresas em suas propostas pode servir como sinônimo para seu lucro. Na construção de edifícios, por exemplo, a referência utilizada é de 25,00%, contudo, desse percentual apenas 8,96% realmente é lucro, nos termos do emblemático Acórdão 2.622/2013 – Plenário TCU. Ou seja, ainda que não houvesse flutuações acima dos índices oficiais – que em muitos casos é utilizado cumulativamente a cotações que variam ainda mais – essa licitação já estaria fadada a no mínimo uma fuga expressiva de interessados. Afinal, quem concorre para iniciar a execução de uma obra pública com um prejuízo presumido?

Voltando às hipóteses, também poderia acontecer da liminar da empresa “a” não ser deferida, sagrando-se vencedora e adjudicatá-

ria a empresa “b”, na ocorrência de concessão da segurança, abandonando a concepção de “fato consumado” que esclarecemos a seguir, haveria a necessidade de revogar o contrato firmado, anulando os atos posteriores a etapa classificatória. O que também encontraria vários obstáculos além dos já trazidos.

Agora a empresa “a” estaria concorrendo, na verdade, a uma obra remanescente, pois parte do objeto já foi executado pela empresa “b”. Todo o equilíbrio financeiro do contrato foi alterado, além do próprio valor de mercado ter flutuado dentro de patamares imprevisíveis dando conta que necessita ser reequilibrado (ou não), o objeto em si também mudou. No mínimo o “novo” contrato já seria iniciado com um aditivo de supressão dos serviços já executados, isso sem esquecer que o exemplo considera o modelo clássico quando a administração determina todas as etapas construtivas no projeto básico e determina o ritmo da obra em harmonia com o cronograma de desembolso ou físico-financeiro.

Em processo que utilizasse a empreitada integral<sup>7</sup> os prejuízos seriam ainda significativos, pois se o projeto da empresa “b” estivesse concluído, a nova adjudicatária – empresa “a” – não teria a obrigação de cumpri-lo, pois o objeto da licitação engloba a confecção do projeto e se ele (o projeto) fosse suprimido em uma repactuação, talvez o empreendimento não fosse mais viável, pois cada empresa elabora seu projeto de acordo com a sua expertise e métodos construtivos. A administração teria que pagar esse projeto ou essa parte da execução do objeto para a empresa “b” sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

Não é demais lembrar que a Administração tem um histórico de incentivar o particular a

judicializar suas pretensões pela insegurança em relação aos órgãos de fiscalização. Ou seja, esse mandado de segurança, mesmo que indiretamente, voltaria a abarrotar o Judiciário.

## **5 Considerações finais**

Diante das considerações trazidas podemos entender que uma maior atenção dos atores envolvidos no mandado de segurança quanto ao cumprimento da liminar ou da segurança pode ser fator crucial na viabilidade do processo administrativo em si, conseguindo harmonizar a tutela jurisdicional e a finalidade do ato administrativo ou fadando aquele objeto ao fracasso e a sociedade à privação dessa benfeitoria.

A consecução destes objetos, em especial as obras públicas, em um cenário de sucessivos contingenciamentos de recursos e recessão econômica faz com que as disposições da lei de introdução às normas do direito brasileiro tomem um relevo ainda mais evidente. Ao administrador, antes do mero cumprimento da ordem judicial, torna-se imperioso sopesar as consequências da invalidação do ato, comunicando o juízo desses desdobramentos que podem não ter sido comunicados ou conhecidos pelo impetrante, ou até mesmo pelo impetrado quando ofereceu informações.

O Ministério Público como fiscal da lei, também deve chamar atenção aos possíveis efeitos da invalidação da medida de maneira abrupta, primando pela defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade.

Tal como fez a administração ao justificar a necessidade dessa obra do ponto de vista da viabilidade nas suas várias faces, também deveria considerar as consequências práticas oriundas da modificação de uma das condições do

processo, como a empresa contrata ou até os preços praticados após esse lapso temporal entre a impetração e a concessão da segurança.

Os esforços devem ser direcionados a conclusão do processo administrativo e a disponibilização daquela melhoria para a população em detrimento de discussões meramente principiológicas destinadas a uma "legalidade" estanque, ou seja, o afastamento da legalidade estrita e a busca da legalidade em seu sentido mais amplo, onde se harmonizam princípios constitucionais que restariam violados por

uma decisão fundada unicamente na legalidade estrita.

O objeto de todos os atores do processo, deveria ser a efetividade da Constituição, ou a noção de juridicidade administrativa de Merkl. Ou seja, a ideia de vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, em especial aos seus princípios, representando a superação do positivismo legalista, abrindo caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

#### Notas

- <sup>1</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 984.968 - MG (2007/ 0211170-7) - RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON - EMENTA - PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PERDA DE OBJETO. - 1. A jurisprudência desta Corte considera inviável mandado de segurança, por perda de objeto, se no processo licitatório já ocorreu a adjudicação do contrato. Precedentes. 2. Recurso especial não provido.
- <sup>2</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TÉRMINO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERDA DO OBJETO.1. Verifica-se a perda do objeto do mandado de segurança quando impetrado pela empresa após a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor e, posteriormente, firmado o respectivo contrato de prestação de serviços. (Precedentes: STJ, RMS 17065, DJ 28.02.2005, Rel. Min. Luiz Fux e desta Corte, AMS 2003.83.00.001333-0, DJU 18.11.2005, Rel. Des. Fed. Conv. Edilson Nobre).2. Inexistência de interesse de agir da impetrante ora apelante.3. Apelação improvida.
- <sup>3</sup> Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Paraná - Enunciado n. 5: Extingue-se, sem resolução de mérito por superveniente perda de interesse processual, o processo qualquer que seja a ação que o originou no qual se impugna procedimento de licitação quando, durante o seu transcorrer, encerrar-se o certame com a homologação e adjudicação do seu objeto, desde que não haja liminar deferida anteriormente
- <sup>4</sup> Lei n. 9.868 de 1º de novembro de 1999 - Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.
- <sup>5</sup> Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
- <sup>6</sup> Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências

jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

- <sup>7</sup> Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 - Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) XXX - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional.

## Referências

BRASIL. Agência Brasil. **Inflação da construção civil atinge 10,16% em 2020**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-01/inflacao-da-construcao-civil-atinge-1016-em-2020>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado Federal. Brasília: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas**. Brasília: TCU, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22º ed. Atual – São Paulo: Saraiva, 2001. p.248.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança**: um tema com variações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOIÁS. Tribunal de Contas. **Gestores, fiscais e empresários vão responder por prejuízos em obras estaduais paralisadas**. Disponível em: <https://portal.tce.go.gov.br/-/gestores-fiscais-e-empresarios-vao-responder-por-prejuizos-em-obras-estaduais-paralisadas>. Acesso em: 13 maio 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

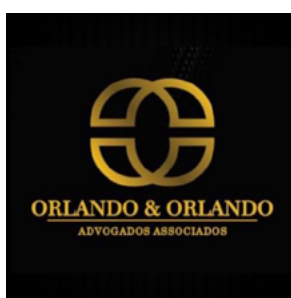
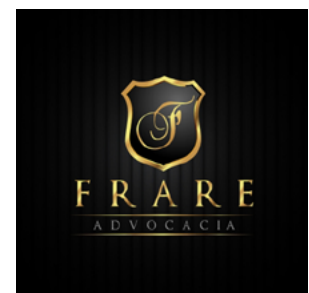
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas. **Orientação normativa n. 01/2020/PGE/PGETC**. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/OriNorm-1-2020.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

## APOIADORES



APOIADORES





## APOIADORES



## APOIADORES





Fale conosco através do QR-Code, adicionando-nos aos seus contatos WhatsApp, via escaneamento pelo smartphone.



REVISTA DA  
**ADVOCACIA**  
DE RONDÔNIA

[www.revista.adv.br](http://www.revista.adv.br)

