

ARTHUR LOBO RAMOS

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO
NO BRASIL – O INSTRUMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

ARTHUR LOBO RAMOS

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO
NO BRASIL – O INSTRUMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Profa. M.e Kátia Rúbia Leite.

ANÁPOLIS – 2018

ARTHUR LOBO RAMOS

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO
NO BRASIL – O INSTRUMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar o instrumento do mandado de segurança como garantia constitucional do direito líquido e certo no Brasil. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais de superposição. Está dividida didaticamente em três capítulos. Primeiramente, verifica-se a definição legal, doutrinária e jurisprudencial de direito líquido e certo. O segundo capítulo ocupa-se em estudar as garantias dos direitos fundamentais e o conseqüente surgimento do mandado de segurança no direito brasileiro. Por fim, o terceiro capítulo trata da ação do mandado de segurança, quanto seu objeto, as partes e espécies de mandado de segurança.

Palavras chave: Mandado de Segurança. Direito Líquido e Certo. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. DEFINIÇÃO LEGAL, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	3
1.1 Direito Líquido e Certo: Definição Legal	3
1.2 Direito Líquido e Certo: Definição Doutrinária	5
1.3 Direito Líquido e Certo: Definição Jurisprudencial.....	8
CAPÍTULO II - O MANDADO DE SEGURANÇA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 Os Direitos Fundamentais na história do direito	12
2.2 O surgimento do Mandado de Segurança no direito brasileiro.....	15
2.3 O Mandado de Segurança como remédio constitucional no direito brasileiro contemporâneo	19
CAPÍTULO III - MANDADO DE SEGURANÇA: PROCEDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.	22
3.1 O objeto do Mandado de Segurança.....	22
3.2 As Partes na Ação Mandamental	25
3.3 Mandado de Segurança – espécies	28
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema A Garantia Constitucional do Direito Líquido e Certo no Brasil – O Instrumento do Mandado de Segurança, o objetivo da pesquisa, é estudar o instrumento do mandado de segurança, levando em conta aspectos históricos e conceituais do *writ* (mandado judicial), o qual possui como atribuição atuar na garantia dos direitos líquidos e certos no ordenamento jurídico brasileiro, para isso, busca-se a definição de seu objeto de proteção, ressaltando sua importância como remédio constitucional criado pelo direito brasileiro.

Sendo assim, por uma questão didática, o trabalho se divide em três capítulos, sendo que no primeiro, aborda-se a definição legal, doutrinária e jurisprudencial de direito líquido e certo no mandado de segurança, o qual se entende como aquele capaz de ser comprovado de plano, não havendo a necessidade da instrução processual para à produção de provas, pois se apresenta de maneira clara e manifesta.

Discute-se ainda, como se dá a classificação da liquidez e certeza do direito, o qual é entendido, de maneira majoritária, como de caráter processual sendo interpretada como requisito para conhecimento da ação de mandado de segurança, entretanto, parte da doutrina diverge de tal conceito alegando esta ter caráter material, tendo em vista que sua definição corresponde à ideia de incontestabilidade, portanto configurando-se uma alegação jurídica que não pode ser refutada pela autoridade coatora.

No segundo capítulo é analisado o mandado de segurança como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, traçando um histórico do

processo de reconhecimento destes direitos, através principalmente das Revoluções ocorridas na França e nos Estados Unidos, sendo divididas em três sucessivas gerações de direitos fundamentais, relacionadas aos direitos à liberdade, igualdade e fraternidade.

A partir da afirmação dos direitos fundamentais, percebe-se o surgimento da necessidade de se criar dispositivos que efetivamente garantissem este direito a todos os indivíduos, protegendo desta forma, o cidadão contra qualquer tipo de opressão ou excessos cometidos pelo Estado. O mandado de segurança, criação do direito brasileiro, com inspiração em outros institutos estrangeiros, surge assim, como os demais remédios constitucionais, nesse contexto, se mantendo até os dias atuais, como uma das bases do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Já o terceiro capítulo versa sobre a ação mandamental, indicando o objeto do mandado de segurança, o qual se identifica por exclusão, sendo sua área de abrangência compreendida nos casos em que não couber a impetração de outros dois remédios constitucionais, o *habeas corpus* ou o *habeas data*. Aborda também a legitimidade ativa e passiva no mandado de segurança e suas espécies, seja ele individual ou coletivo, preventivo ou repressivo. O Mandado de segurança individual e coletivo estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro na Carta Constitucional de 1988 e na Lei n. 12.016 de 2009, sendo ambas responsáveis pela regulação do *mandamus* (comando), dispondo sobre seu respectivo procedimento.

Por fim, para que lograsse êxito, o trabalho tem como metodologia a compilação bibliográfica, bem como pesquisas na jurisprudência dos Tribunais brasileiros e normas do sistema jurídico pátrio. A pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão do mandado de segurança em sua atuação na proteção aos direitos líquido e certos fundamentais de todos os cidadãos, sendo este remédio constitucional um importante meio para impedir os avanços do Estado aos direitos individuais de todos, constituindo dispositivo assegurador do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. DEFINIÇÃO LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Desde a expressão “direito certo e incontestável” da Constituição Federal de 1934, até a atual “direito líquido e certo” o enunciado utilizado para definir o objeto da proteção do mandado de segurança, é cercado por diversas críticas. Entretanto nos tempos atuais já se encontra sedimentado o posicionamento a respeito da definição de direito líquido e certo, possuindo como complemento à definição legal, os conceitos perpetrados pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

1.1 Direito Líquido e Certo: Definição Legal

Inicialmente, à época em que se começava a instituir o Mandado de Segurança na legislação brasileira, o direito líquido e certo era entendido como aquele, sobre o qual não recaiam dúvidas jurídicas, ou seja, era o direito que não necessitava de grandes discussões para ser reconhecido, se apresentando como de fácil interpretação. A expressão direito translúcido traduzia bem o entendimento que se tinha à época sobre o direito líquido e certo, como aquele que podia ser entendido de maneira clara, podendo ser aferido de plano, o que garantia a proteção do mandado de segurança apenas às questões de simples interpretação jurídica (FERRAZ, 1986).

Em sua primeira previsão, na Constituição Federal de 1934, o instituto do mandado de segurança trazia como definição do objeto a ser tutelado pelo *writ*, (mandado judicial), o direito certo e incontestável, aceção também, posteriormente

adotada pela Lei 191 de 1936, responsável pela regulação do mandado de segurança.

A denominação direito certo e incontestável foi excluída do ordenamento jurídico brasileiro pelo advento da Constituição Federal de 1946, a qual substituiu tal terminologia, pela expressão, direito líquido e certo, tal mudança ocorreu devido a inúmeras críticas ao termo 'incontestável', pois se entendia que todo direito é suscetível à contestação. Assim esclarece José da Silva Pacheco:

A princípio cogitava-se de 'direito certo e incontestável, mas como qualquer direito é passível de contestação, viu-se logo que a incontestabilidade não constitui caráter específico. Optou-se por seu alijamento e, em seu lugar, colocou-se 'líquido', mantendo-se o 'certo' (2002, p.224).

Todas as Constituições brasileiras a partir de 1946 até a vigente adotaram a expressão direito líquido e certo para caracterizar a sua razão de impetração e o seu objeto, o mesmo ocorreu com a Lei 12.016/2009, responsável pela regulamentação do *writ* (mandado judicial), que seguiu quase que na íntegra a previsão constitucional, adotando o conceito de liquidez e certeza ao dispor sobre o mandado de segurança (BARBI, 2009).

A expressão direito líquido e certo, utilizada pela legislação brasileira, ainda enfrenta críticas, sendo considerada uma definição imprópria, pois a liquidez e certeza deve se referir aos fatos, os quais já devem estar evidentes por meio das provas documentais, e não ao direito que pode ser sempre discutido, independentemente de quão controverso a questão jurídica se apresentar, como preleciona Hely Lopes Meirelles:

É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito (2009, p.34).

No exame do mandado de segurança a definição de direito líquido e certo se apresenta como ponto fundamental da matéria, porém a Constituição de 1988, assim como suas antecessoras, é vaga ao tratar do tema. Na mesma linha a Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, responsável pela regulação do *mandamus* (comando), também não se preocupou em sua conceituação, se limitando a

apresentar apenas os casos em que, violado direito líquido e certo de pessoa física ou jurídica, ocorreria seu cabimento. A respectiva lei inovou apenas quanto à regulação do mandado de segurança coletivo, que na época, já era uma questão pacificada na jurisprudência brasileira (DI PIETRO, 2016).

Porém é possível extrair das normas legais o que se entenderia por direito líquido e certo, como sendo aquele que não se admite a fase de produção de provas durante o processo, ou seja, todas as provas devem ser apresentadas no momento da impetração, ou seja, pré-constituídas, como ensina Hely Lopes Meirelles (2009, p.34) “Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração”.

Em que pese à omissão da legislação sobre a controversa definição de direito líquido e certo, fica a cargo da doutrina e a jurisprudência pátria a elucidação do assunto, ainda que atualmente, haja discussões quanto à definição da liquidez e certeza do direito, tais discordâncias se encontram em questões secundárias, o que não constitui óbice, para uma conceituação clara e segura sobre o assunto, a qual podemos verificar tanto na doutrina quanto nas decisões dos tribunais (MACIEL, 2000).

1.2 Direito Líquido e Certo: Definição Doutrinária

Exerce a doutrina, fundamental papel na conceituação de direito líquido e certo, elucidando as dúvidas deixadas pela legislação sobre o tema. De forma majoritária, a doutrina brasileira apresenta como definição de direito líquido e certo o entendimento que este se trata de direito o qual possa ser demonstrado de plano, sem a necessidade do auxílio de instrução probatória, portanto, os fatos que derem causa a impetração do mandado de segurança devem estar de maneira antecipada, devidamente provados (BARROSO, 2009).

Na visão de Hely Lopes Meirelles (2015, p. 840), o direito líquido e certo é aquele “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”, ou seja, a liquidez e certeza devem estar

devidamente comprovadas quanto a sua existência, extensão e em sua possibilidade de ser exercitado no momento da impetração do mandado de segurança.

O direito líquido e certo se refere aos fatos, ficando qualquer complexidade na interpretação do direito a cargo do juiz, que deverá resolver a questão, sem que esta eventual controvérsia a respeito do direito, interfira na possibilidade de se impetrar o Mandado de Segurança. Resulta daí o entendimento que o direito líquido e certo é aquele que se apresenta de forma inaugural, devendo as provas fáticas, serem apresentadas em conjunto com a petição inicial (DI PIETRO, 2016).

Já para Celso Agrícola Barbi, ao analisar as características do direito líquido e certo, entende que esse possui caráter tipicamente processual, não sendo apenas a possibilidade de um direito subjetivo realmente existir o que caracteriza a liquidez e certeza, ressaltando a necessidade de estarem provados os fatos de maneira incontestável, ou seja, a liquidez e certeza deverá se referir aos fatos que comprovem a existência do direito, e não ao direito em si, que deverá ser analisado pelo magistrado ao julgar a ação do mandado de segurança.

O conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois está é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos (2009, p. 56-57).

Em posição contrária, Alfredo Buzaid, critica a definição de direito líquido e certo como de caráter processual, classificando-o como pré-processual, pois sua existência ou inexistência se notabiliza como um fundamento do mandado de segurança, e se apresenta de forma antecipada a impetração do mandado de segurança, possuindo, ante sua lesão ou ameaça de lesão, o condão de ocasionar um processo judicial:

Não nos parece aceitável o conceito de que o direito líquido e certo é tipicamente processual. A existência ou a inexistência de um direito líquido e certo, que constitui fundamento do mandado de segurança,

é um fenômeno pré-processual, e a sua ameaça ou violação pode dar causa e nascimento a um processo (1989, p.86).

Para Buzaid (1989), o direito líquido e certo se define não como processual, mas sim como um direito material, pois seu conceito se relaciona com a ideia de incontestabilidade, considerando-o como um fundamento do mandado de segurança, sendo uma afirmação jurídica que não poderá ser refutada pela autoridade pública responsável pelo ato ilegal ou abuso de poder que ameaçar ou violar direito do impetrante.

Apesar da discordância de parte da doutrina, majoritariamente, o entendimento que prevalece é de que, conforme preleciona Celso Agrícola Barbi (2009) e Celso Ribeiro Bastos (1982), o direito líquido e certo, não se trata de questão relacionada ao direito material, mas sim, caráter de ordem eminentemente processual, sendo interpretada como requisito para conhecimento da ação de mandado de segurança.

Quanto ao tipo de prova a ser apresentado, Arnaldo Wald preleciona que o tipo adequado será unicamente a prova documental, devendo essa ser juntada na inicial na ocasião da impetração do *mandamus* (comando), não sendo admitidas provas complementares, não importando o quão controverso forem às questões jurídicas do fato objeto do mandado de segurança, haja vista, a impossibilidade de haver instrução probatória no curso do processo.

[...] direito líquido e certo é o direito subjetivo, decorrente de fato inequívoco suscetível de ser cabalmente provado com documentos juntos à inicial, sem necessidade de provas complementares de qualquer espécie, pouco importando a complexidade das questões jurídicas envolvidas na hipótese (1968, p. 121-122).

Em contraponto, porém, Hely Lopes Meireles (2009, p.34-35) defende que as provas que demonstrem liquidez e certeza “[...] podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial”, ou seja, qualquer meio de prova lícito estará apto a ser utilizado no mandado de segurança, desde que seja apresentada no momento da impetração do *writ* (mandado judicial). Este não é o entendimento, entretanto, da maioria da doutrina, como é o caso dos posicionamentos já citados de Arnaldo Wald (1968) e Celso Agrícola Barbi, (2009)

que admitem para impetração de Mandado de Segurança apenas a prova documental.

1.3 Direito Líquido e Certo: Definição Jurisprudencial

Anteriormente à criação do mandado de segurança pelo direito brasileiro, a jurisprudência já começava a trazer os primeiros conceitos de direito líquido e certo, ainda com a nomenclatura de direito certo e incontestável, conforme narra Adhemar Ferreira Maciel (2000), citando o posicionamento do Ministro Pedro Lessa, em voto vencido, proferido no julgamento do *habeas corpus* n. 3.539, impetrado por Ruy Barbosa no STF no ano de 1914, o qual o Ministro defende que o direito certo e incontestável se refere à prova pré-constituída e a agilidade na resolução do litígio.

Com a instituição do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, coube à jurisprudência esclarece-lo sob diferentes aspectos. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Costa Manso, no julgamento do mandado de segurança n. 333 no ano de 1936, foi responsável por firmar as bases do atual conceito de direito líquido e certo, à época direito certo e incontestável, afirmando que quando a Constituição de 1934, falava de direito, o fazia de forma subjetiva, observando-se apenas os fatos jurídicos, não importando se a tese jurídica era complexa. Ainda de acordo com Costa Manso, se os fatos fossem certos, o direito também seria, pois a legislação estaria sempre correta.

[...] eu, porém, entendo que o artigo 113, n. 33, da Constituição empregou o vocábulo “direito” como sinônimo de “poder” ou “faculdade” decorrente da lei ou norma (direito subjetivo). Não aludiu à própria “lei” ou “norma” (direito objetivo). O remédio judiciário não foi criado para a defesa da “lei em tese”. Quem requer o mandado, defende o “seu direito”, isto é, o direito subjetivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, o direito da parte é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade ou a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (código civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança. O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver “de plano” um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência

difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança (apud, MACIEL, 2000, p.335).

Mesmo com a mudança de denominação, trazida pela Constituição de 1946, ao trocar a expressão direito certo e incontestável por direito líquido e certo a jurisprudência não alterou de forma significativa o entendimento sobre a liquidez e certeza do direito, mantendo o entendimento que este se refere aos fatos que devem estar provados no momento da impetração do mandado de segurança, não sendo admitida a produção de provas ao longo do processo, como se extraí do julgado do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell Marques:

[...] Tratando-se de mandado de segurança, cuja finalidade é a proteção de direito líquido e certo, não se admite dilação probatória, porquanto não comporta a fase instrutória, sendo necessária a juntada de prova pré-constituída apta a demonstrar, de plano, o direito alegado (STJ, 2011, *online*).

Já o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, em julgado de 2015, leciona que o direito para ser considerado líquido e certo deve atender a algumas condições, sendo elas, estar prevista na legislação e estar apto a ser exercido, no momento da impetração, não podendo haver dúvidas quanto as situações fáticas, nem quanto a extensão do direito a ser protegido, caso em que não atendidas estas exigências não será cabível o *writ*, sendo necessário desta maneira outros meios de proteção do direito (STJ, 2015).

No entendimento Ministro Sepúlveda Pertence, em julgado proferido no Supremo Tribunal Federal, o direito líquido e certo é um pressuposto de admissibilidade do *writ* (mandado judicial), como já visto anteriormente, classificando-o como de ordem processual, pois terá de se provar a existência dos fatos inerentes à segurança do direito pleiteado para que o juízo possa conhecer do mandado de segurança, e não, se existe justa pretensão do impetrante, o que configura o mérito da questão.

O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito [...] (STF, 2003, *online*).

Da mesma forma entende o Ministro Celso de Melo em Acórdão RMS 26433, proferido no ano de 2013, esclarecendo que o direito líquido e certo, por se tratar de um requisito para o conhecimento do mandado de segurança, se classifica como de ordem processual. “A formulação conceitual de direito líquido e certo, que constitui requisito de cognoscibilidade da ação de mandado de segurança, encerra noção de conteúdo eminentemente processual” (STF, 2013, *online*).

Outro ponto relevante, que a jurisprudência também se propõe a elucidar é quanto às questões jurídicas as quais ainda recaem controversa, conforme regulamenta a Súmula 625 do STF, que entende que tais discordâncias não constituem empecilho para a concessão do mandado de segurança, portanto, não constitui óbice à impetração do mandado de segurança a dificuldade de interpretação da norma jurídica, diferentemente do que ocorre quanto às questões fáticas que devem estar apresentadas de maneira cristalina (DI PIETRO, 2016).

Deste modo, não poderá dar prosseguimento a ação de mandado de segurança, a qual houver dúvidas quanto ao fato gerador do *mandamus* (comando), isto é, não será cabível o mandado de segurança quando não for possível a comprovação de plano dos fatos relacionados ao direito líquido e certo que se visa proteger, devendo a possível lesão ou ameaça de lesão ser levado ao judiciário por procedimento que comporte a instrução probatória, como esclarece o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto:

a contrario 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. (STF, 2007, *online*)

Em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Soares Muñoz, ao analisar os tipos de provas admitidos no mandado de segurança, conclui que a comprovação do direito líquido e certo, a qual deve se debruçar aos fatos que motivam a impetração do *mandamus* (comando), devem estar elucidados, por meio de prova documental, a qual deverá ser pré-constituída, “O mandado de segurança labora em torno de fatos certos e como tais se entendem aqueles cuja existência resulta de prova documental inequívoca (...)” (STF, 1980, *online*).

Já na hipótese se tratar de norma geral e abstrata, destinada ao futuro, há o entendimento jurisprudencial, de que não será cabível o mandado de segurança, ou seja, tal ameaça a direito líquido e certo deverá ser real e concreta, não sendo, a norma genérica e abstrata, classificada, portanto, como uma ameaça a direito líquido e certo, como explica o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbell Marques:

Não é possível, em sede de mandado de segurança, a fixação de norma geral e abstrata, destinada ao futuro, tendo em vista que, por expressa previsão constitucional, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando houver concreta ameaça ou violação de direito líquido e certo (art. 5º, LXIX, da CF/88).(STJ, 2011,*online*)

Sendo assim, os julgados dos Tribunais brasileiros se notabilizam por constituírem parte fundamental na evolução do instituto do mandado de segurança ocupando relevante função ao apresentar uma segura definição de direito líquido e certo, imprescindível para o estudo do *mandamus* (comando). Desta forma considera-se, o labor jurisprudencial, em conjunto com a doutrina, como fontes vitais para a compreensão e aperfeiçoamento do *writ* (mandado judicial) no direito brasileiro (MACIEL, 2000).

CAPÍTULO II - O MANDADO DE SEGURANÇA E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir do reconhecimento dos direitos fundamentais ao redor do mundo, o que ocorreu de forma gradativa, surgiu à necessidade de se criar dispositivos que efetivamente garantissem este direito a todos os indivíduos, protegendo desta forma, o cidadão contra qualquer tipo de opressão ou excessos cometidos pelo Estado. O mandado de segurança, criação do direito brasileiro, surge assim, como os demais remédios constitucionais, nesse contexto, se mantendo até os dias atuais, como uma das bases do Estado Democrático de Direito no Brasil.

2.1 Os Direitos Fundamentais na história do direito

Os direitos fundamentais nas Constituições dos Estados modernos representam prerrogativas relacionadas à esfera jurídica dos direitos individuais, políticos, sociais de todo cidadão. Em diferentes perspectivas, seja em um plano jurídico-objetivo, através das normas de caráter negativo que impedem que os poderes públicos possam avançar contra essa realidade garantista; seja noutra perspectiva de caráter jurídico-subjetivo, que significa o poder de agir positivamente

em consonância com os seus direitos fundamentais (liberdade positiva) e de impor omissões ao poder público como forma de evitar possíveis lesões a liberdade individual (MORAES, 2015).

Os direitos fundamentais são arquitetados ao longo da história do direito e da própria humanidade, de maneira gradativa, na medida em que o homem, através de inúmeras e recorrentes batalhas, luta pela sua liberdade e por condições mais dignas de vida. Tais conquistas, obtidas com muito esforço, acarretaram no surgimento do Estado Moderno, que se materializa no Estado Democrático de Direito, o que resultou no advento das novas constituições que buscaram reconhecer e proteger os direitos e garantias de todo indivíduo.

[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2011, p.36).

A Magna Carta inglesa, que data de 1215 foi pioneira no reconhecimento de alguns direitos fundamentais, se consagrando como um marco quanto à proteção do indivíduo contra os arbítrios do Estado, que passa a ter certas limitações quanto aos seus poderes, vinculando as decisões do rei, as próprias leis que ele edita o que antes não ocorria. Apesar de tal proteção e reconhecimento de direitos ter se restringido apenas aos dois extratos da sociedade que eram livres, a nobreza e o clero, o documento se notabiliza por ser o embrião da democracia moderna. Essa é a lição de Comparato:

Aí esta a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados (2015, p.92).

Entretanto, foi no fim do século XVIII que ocorreram os eventos históricos que constituíram um marco no surgimento dos direitos fundamentais, a declaração de independência das treze colônias britânicas na América do Norte com a promulgação da Constituição americana e a Declaração de Direitos do Homem, reflexo da Revolução Francesa, foram um verdadeiro divisor de águas, no que concerne aos direitos do homem, transformando a antiga omissão quanto a esses

direitos em uma ampla proteção, configurado pela positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais se notabilizam por dar início a democracia moderna e a uma nova era de proteção aos direitos inerentes a todos os seres humanos.

‘costuma fazer-se um corte histórico no processo de desenvolvimento da idéia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l’Homme e du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa cegueira em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais’ (CANOTILHO, 2003, p.380).

No contexto de limitação do poder do Estado e afirmação dos direitos humanos, a doutrina aponta, de maneira sequente, a concepção de três gerações ou dimensões de direitos fundamentais, que se confundem, cada uma, com um dos ideais da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, como observa Paulo Bonavides (p.563, 2006) “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

São primeiramente reconhecidos os direitos fundamentais denominados como de primeira geração, os quais se evidenciam como aqueles que dizem respeito à defesa de direitos relacionados à liberdade e as garantias civis e políticas de todos os cidadãos, são os direitos negativos, que protegem o cidadão dos arbítrios do Estado, tais como o direito à liberdade de expressão, o direito à propriedade e o direito à participação política.

‘os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões’ (BONAVIDES, p. 517, 1993).

Com o passar do tempo, principalmente com a Revolução Industrial e as péssimas condições de trabalho a qual vários indivíduos eram submetidos, nota-se que os direitos fundamentais de primeira geração, de caráter liberal, não são suficientes para garantir os preceitos considerados fundamentais para uma condição

digna de existência humana, surgem então os direitos fundamentais de segunda geração, sendo caracterizados pela proteção a direitos sociais, econômicos e culturais, que visam promover uma maior igualdade entre os homens, são direitos tais como o direito à saúde, à educação e a condições dignas de trabalho entre outros.

‘(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula’. (BONAVIDES, p. 517, 1993)

À medida em que cada vez mais os direitos fundamentais eram reconhecidos e respeitados, foi admitido a terceira geração de direitos fundamentais, qualificados como direitos fundamentais difusos, ou seja, que se destinam a proteger direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas, tais como o direito à preservação do meio ambiente, o direito à auto determinação dos povos e o direito a paz, como observa Dirley da Cunha Júnior (p.626, 2012) ‘[...] caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa’.

Para garantir esses direitos buscou-se a criação de instrumentos que efetivamente salvaguardasse os direitos fundamentais, e exercendo um papel de controle, contra possíveis arbítrios do Estado sobre qualquer indivíduo, entre estes instrumentos temos as ações constitucionais, a qual se destaca o *habeas corpus*, considerado como precursor dos demais remédios constitucionais, inclusive o mandado de segurança, sendo por este motivo o principal remédio constitucional existente. Oriundo do direito inglês o *habeas corpus* já existia antes mesmo da Magna Carta inglesa, com a denominação de mandado judicial (*writ*), atuando nos casos em que ocorria prisões arbitrárias, porém com a Lei de *Habeas Corpus* de 1679, corrigiu-se a reduzida eficácia que tal instituto possuía, ratificando assim a garantia do direito à liberdade e a proteção dos súditos contra a tirania do rei (COMPARATO, 2015).

2.2 O surgimento do Mandado de Segurança no direito brasileiro

As primeiras sugestões para a criação do mandado de segurança datam do ano de 1914, com a elaboração de um projeto de revisão constitucional formulado por Alberto Torres e publicado apenso à obra *A Organização Nacional*, onde no artigo 73, previa-se a criação de um “mandado de garantia”, que tinha por objetivo a defesa dos direitos individuais e coletivos, violados por ato da Administração Pública ou de particular, sendo cabível apenas na falta de outro remédio especial. Durante o Congresso Jurídico ocorrido em 1922, foi apresentado pelo ministro Muniz Barreto, outra proposta, a qual consistia na criação de um instituto semelhante ao *juicio de amparo* (julgamento amparo) para atuar na defesa dos direitos não assegurados pelo *habeas corpus* (BARBI, 1976).

O surgimento do mandado de segurança é entendido como uma consequência do desenvolvimento do *habeas corpus* por parte da doutrina brasileira, que criou este instituto com o propósito de ampliar a proteção dos indivíduos, haja vista a restrição da concessão do *habeas corpus* para os casos apenas em que ocorresse lesão ou ameaça ao direito de locomoção, buscando inspiração nos modernos direitos norte-americano e mexicano para instituir-se desta forma o mandado de segurança, instituto fabricado pelo direito brasileiro

Ele surgiu como decorrência do desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Quando a Emenda Constitucional de 1926 restringiu o uso dessa medida às hipóteses de ofensa ao direito de locomoção, os doutrinadores passaram a procurar outro instituto para proteger os demais direitos. Sob inspiração dos *writs* do direito norte-americano e do *juicio de amparo* do direito mexicano, instituiu-se o mandado de segurança (DI PIETRO, p. 930, 2015).

O *juicio de amparo* (julgamento amparo), instituto proveniente do direito mexicano, criado pela Constituição Mexicana de 1857, que se destinava à proteção do indivíduo contra os abusos do Poder Público, influenciou de forma determinante a criação do mandado de segurança no direito brasileiro, este funcionava inicialmente como meio de exercer o controle de constitucionalidade das leis e de outros atos da Administração Pública, tendo tida posteriormente, sua atuação ampliada, atuando também no controle da legalidade dos atos das autoridades em geral, incluindo as judiciárias (BARBI, 1976).

Igualmente importante na gênese do mandado de segurança, e também originários do direito estrangeiro, os *writs* (mandados judiciais) norte-americanos atuam como meio de defesa do particular contra a Administração Pública, especialmente os *writs* (mandados judiciais) denominados *injunction* (injunção), *mandamus* (comando), *prohibition* (proibição), *quo warranto* (o mandado) e *certiorari* (certificado), em sua maioria criados pelo *common law* (direito comum), possuem como característica, uma ampla discricionariedade conferida aos tribunais para receber ou não os pedidos de expedição desse *writs* (mandados judiciais), entretanto somente são concedidos de forma extraordinária, ou seja, apenas quando não há um remédio legal adequado para o caso (BARBI, 1976).

A necessidade de possuir um instituto que preenchesse a lacuna existente na proteção aos direitos fundamentais, haja vista a atuação restrita do *habeas corpus*, ensejou a criação do *mandamus* (comando) pelo direito brasileiro. Apesar de ter sido prevista de maneira sucinta pela constituição de 1934, o instituto foi continuamente ampliado pela jurisprudência dos tribunais, o que gerou distorções, mas também trouxe benefícios importantes para o sistema jurídico brasileiro.

A força da necessidade venceu, porém, pela criação de um instituto com a forma processual do *habeas corpus*, e com o nome de mandado de segurança, na constituição de 1934. A fórmula tímida apresentada pelo legislador constituinte ganhou contornos mais amplos na prática dos tribunais, cresceu desordenadamente, acarretando males, mas trazendo imensuráveis vantagens (BARBI, p.2,1976).

Conforme narra Alexandre de Moraes (2015), o mandado de segurança foi inserido no direito brasileiro na Constituição Federal de 1934, notabilizando-se pela veemente defesa dos indivíduos contra atos ilegais praticados pela Administração Pública, preservando as liberdades civis, políticas além de inúmeros direitos sociais, solidificando-se cada vez mais como remédio constitucional de extrema importância para o direito, na história jurídica brasileira, estando presente no ordenamento jurídico pátrio a medida em que o Estado Democrático de Direito no Brasil se desenvolve e se fortalece, transformando-se assim em instituto fundamental à democracia brasileira (SOUZA, 2011).

Em sua primeira previsão, na Carta Constitucional de 1934, o mandado de segurança se destinava a proteção de direito certo e incontestável, que tenha sido violado ou mesmo ameaçado, por ato expressamente inconstitucional ou eivado de ilegalidade praticado por qualquer autoridade pública. O procedimento a ser adotado seria idêntico ao *habeas corpus*, em consonância com a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

Constituição Federal de 1934 – criou o brasileiríssimo mandado de segurança para defender direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestadamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade, aplicando-se-lhe o mesmo procedimento do *habeas corpus* (2010, p.394).

A Lei 191 de 16 de janeiro de 1936 foi responsável pela regulamentação, no plano infraconstitucional, do mandado de segurança, suprimindo de seu campo de proteção, assuntos como a liberdade de locomoção, as questões puramente políticas e o ato disciplinar. Foi restringida também sua atuação quanto aos atos impugnados que fossem passíveis de recurso administrativo, mesmo quando esses exigissem caução, fiança ou depósito. O golpe de Estado, ocorrido em 1937, através do Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro do mesmo ano, excluiu a previsão de impetração de mandado de segurança contra atos do Presidente da República, de ministro de Estado, governadores e interventores (BARBI, 1976).

Logo após, sobreveio a Constituição, de natureza autoritária, de 1937 que se omitiu na previsão do mandado de segurança, porém apesar da ausência de previsão da constitucional, subsistiu a aplicação do mandado de segurança com base na Lei 191/1936, o que configurou um rebaixamento de garantia constitucional em simples garantia legal, conforme narra Uadi Lammêgo Bulos (2010, p.395) “Constituição de 1937 - omitiu-se o mandado de segurança. Mesmo assim, ele era aplicado com base na Lei 191/1936”.

A previsão constitucional do mandado de segurança foi retomada pela Carta Constitucional de 1946, sob um viés democrático, tendo como grande novidade a mudança da terminologia “direito certo e incontestável” para a expressão direito líquido e certo, expressão que prevaleceu desde então nas posteriores Constituições. Em seguida a Lei 1.533 de 31-12-1951 foi responsável por emancipar

o mandado de segurança em face do *habeas corpus*, trazendo previsão de um procedimento próprio para o mandado de segurança (BULOS, 2010).

Em 1967, sob os contornos da instalação da Ditadura Militar no Brasil, instituiu-se a Constituição de 1967, produzindo, porém, poucas mudanças com relação ao mandado de segurança, se restringindo a pequenas alterações de redação. A Emenda Constitucional n. 1 de 17-10-1969, em seu artigo 153, §21, apenas reproduziu o texto constante da Carta de 1967. Tal previsão permaneceu no direito brasileiro durante todo o período de hegemonia militar até a promulgação da Constituição Federal de 1988. (BONAVIDES, 2012)

2.3 O Mandado de Segurança como remédio constitucional no direito brasileiro contemporâneo

Dentre todas as Constituições Federais das quais o Brasil possuiu, a de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, foi a que mais se preocupou em apresentar novas ferramentas que permitissem a proteção aos direitos fundamentais, os remédios constitucionais, nela previstos em seu artigo 5º, são o principal exemplo desse cuidado, permitindo assim, a convergência do Estado Social e do Estado de Direito, atuando sempre na defesa da dignidade da pessoa humana e das liberdades individuais de todo cidadão, em acordo com os ensinamentos de Paulo Bonavides:

A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez porém sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias Constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo (2012, p. 564).

Os remédios constitucionais são ações específicas, previstas pela Constituição Federal, as quais tem por objetivo o controle da Administração Pública visando à garantia dos direitos fundamentais, sendo instrumento que atua na reparação dos atos praticados pela Administração que ferirem direitos e garantias individuais e coletivas, sendo, portanto, imprescindíveis ferramentas, as quais atuam na proteção do cidadão contra possíveis arbitrariedades do Estado.

São assim chamadas porque têm natureza de garantias dos direitos fundamentais; estão inseridas no Título II da Constituição, concernentes aos “direitos e garantias fundamentais”: o seu objetivo é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais e coletivos (DI PIETRO, 2015, p.919).

São entendidos como remédios constitucionais o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação civil pública (apesar de não prevista no artigo 5º da Constituição Federal) e o direito de petição, todos, com exceção do direito de petição, possuem atuação como meio de controle jurisdicional da Administração Pública (DI PIETRO, 2015).

Todos estes remédios constitucionais são cláusulas pétreas, como dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, portanto imunes a qualquer alteração ou extinção no âmbito da vigente Constituição. Faz-se também importante frisar que um remédio constitucional não é sucedâneo de outro, possuindo cada qual, um campo de defesa distinto, com características e legitimados próprios, todos delimitados pela carta política, não sendo, por este motivo, possível a impetração de um remédio constitucional no lugar de outro (BONAVIDES, 2006).

O *habeas corpus* se especializa na proteção a liberdade de locomoção, denotando-se como garantia das liberdades individuais inerentes à primeira geração de direitos fundamentais. A proteção do direito de ir e vir, através da referida ação constitucional, está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXVIII, onde se prevê a concessão de *habeas corpus* quando qualquer pessoa sofrer, ou até mesmo houver ameaça de sofrer, lesão a liberdade de locomoção, por ato ilegal ou que configure abuso de poder. Diferentemente do mandado de segurança ora estudado, o *habeas corpus* não é exclusivamente impetrado em desfavor de coator na qualidade de agente público ou delegado de função pública, sendo assim, qualquer indivíduo pode ser sujeito passivo da ação, se este for o responsável pela ilegalidade (CARVALHO FILHO, 2014).

O *habeas data*, inovação da Constituição Federal de 1988, deverá ser concedido para assegurar o direito ao acesso a documentos e informações referentes à pessoa do impetrante, desde que constantes de registros ou banco de dados da Administração Pública ou outras entidades de caráter público ou para retificar dados, nos casos em que não há o interesse de ingressar via processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Quanto ao *habeas Data* é garantia nova, introduzida pelo art. 5º, inciso LXXII da Constituição, concedido para assegurar, segundo dispõe literalmente a regra constitucional, o conhecimento de informações relativas à pessoa impetrante, constante de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, assim como para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. (BONAVIDES, 2012, p. 569)

O mandado de segurança está disciplinado na Constituição de 1988 no artigo 5º inciso LXIX, onde se condiciona a concessão do mandado de segurança ao não cabimento de *habeas corpus* ou *habeas data*, devendo o ato ilegal ou abuso de poder, ter sido praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que estiver exercendo função inerente ao Poder Público e a ilegalidade constituir direito líquido e certo, ou seja, que possa ser comprovada de plano, sem a necessidade de instrução processual (BRASIL, 1988, *online*).

Com a Constituição Federal de 1988, instituiu-se, como grande novidade, a previsão do mandado de segurança coletivo, em seu artigo 5º, inciso LXX, no qual atribui legitimidade para sua impetração a partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidades de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento por pelo menos um ano, atuando sempre na defesa de seus membros ou associados, além de reafirmar a condição do *mandamus*, como fundamental remédio constitucional na defesa dos direitos e garantias fundamentais (DI PIETRO, 2015).

Em 2009 foi promulgada a Lei n.12.016, responsável pela regulação do mandado de segurança individual e coletivo, não trazendo, porém, grandes inovações a respeito da matéria, se ocupando apenas de repetir disposições já

previstas por lei anterior ou reforçar posicionamentos já consagrados pela doutrina e jurisprudência brasileira (DI PIETRO, 2015).

CAPÍTULO III - MANDADO DE SEGURANÇA: PROCEDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.

O mandado de segurança está previsto no ordenamento jurídico brasileiro na Carta Constitucional de 1988, possuindo como legislação reguladora a Lei n. 12.016 de 2009, a qual, dispõe sobre a ação mandamental, tratando sobre seu respectivo procedimento e indicando o objeto, as partes processuais e espécies de mandado de segurança.

3.1 O objeto do Mandado de Segurança

O objeto da tutela do mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo, conforme narra José dos Santos Carvalho Filho (2006) é o direito líquido e certo, caracterizado pela sua comprovação de pronto, sem que seja necessária instrução probatória, não sendo possível assim, a impetração de mandado de segurança sem que haja tais elementos. Porém não é qualquer direito líquido e certo que será protegido pelo mandado de segurança, conforme dispõe a Constituição Federal e a Lei 12.016/2009.

A delimitação da área de proteção do mandado de segurança é inicialmente fixada pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso LXVIII institui que será concedido *habeas corpus* todas as vezes que alguém sofrer ou estar na iminência de sofrer, restrição à sua liberdade de locomoção. Já no inciso LXIX a Carta prevê o cabimento do mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*. Sendo assim o legislador originário exclui a impetração da segurança nos casos em que couber *habeas corpus* ou *habeas data* (BARBI, 2009).

Sendo assim, em conformidade com os ensinamentos de Roberto Eurico Schmidt Junior (1990), o objeto do mandado de segurança será identificado por exclusão, sendo sua área de abrangência compreendida nos casos em que não couber a impetração de outros dois remédios constitucionais, o *habeas corpus* ou o *habeas data*, conforme dispõe a Constituição Federal.

O mandado de segurança se apresenta neste contexto, como forma de proteger e assegurar direitos líquidos e certos, exceto os que se tratam de violação à locomoção e a conhecimento ou retificação de informações que estejam em posse da Administração, casos em que caberá respectivamente o *habeas corpus* ou o *habeas data*, atuando sempre na ocasião em que houver qualquer ato seja ele positivo ou negativo, que viole ou ameace direito de particular, sendo este ato revestido de ilegalidade ou abuso de poder.

É, portanto, medida assecuratória de direitos líquidos e certos que não sejam o de locomoção e o de conhecimento e retificação de informações, de natureza processual-constitucional, destinada a salvaguardar o interesse do particular frente aos atos omissivos ou comissivos da administração, toda vez que tais atos violem, ou

ameaçem violar, o direito do impetrante, em linha de conta a ilegalidade ou abuso de poder de que se revestem ditos atos. (SCHMIDT,1990, p.16)

Ao determinar o objeto do mandado de segurança deve-se observa-lo sob duas perspectivas, uma se relaciona ao direito ameaçado ou violado e a outra se encontra no ato que constitui tal ameaça ou violação a direito, conforme se extraí dos ensinamentos de Celso Agrícola Barbi, (2009, p. 83) “(...) A determinação do objeto do mandado de segurança deve partir de um duplo ponto de vista: de um lado, coloca-se o direito ameaçado ou lesado, e do outro o ato ameaçador ou lesivo”.

Quanto à violação ou ameaça de violação a direito, pouco importa se este se trata de direito público ou privado, real ou pessoal, não sendo, portanto a natureza do direito que irá determinar o cabimento ou não do mandado de segurança. O que irá caracterizar os casos em que o mandado de segurança poderá atuar na proteção do particular será o ato que ameaça ou lesa aquele direito, sendo assim, o *mandamus* (comando) será cabível sempre que o Estado praticar ato ilegal ou com abuso de poder, na qualidade de Poder Público, não sendo possível a impetração quando esse estiver atuando como pessoa privada. (BARBI,2009)

Para Roberto Eurico Schmidt Júnior, caberá o mandado de segurança em duas ocasiões, a primeira é quando a autoridade pratica alguma ilegalidade no desempenho de sua função pública, a qual tenha por consequência o aviltamento de direito líquido e certo do impetrante. Já a outra situação acontece quando esta mesma autoridade, a qual tinha por obrigação praticar determinado ato, não o faz, lesando em igual forma o direito líquido e certo do interessado.

Duas por consequência, são as genéricas situações em que cabe mandado de segurança e, também, dois são os momentos em que a segurança pode ser impetrada, a saber: a autoridade, ou quem as suas vezes fizer, faz alguma coisa que não poderia fazer, prejudicando o direito líquido e certo do impetrante; ou, esta mesma autoridade, não faz aquilo que deveria fazer, prejudicando, da mesma forma, o seu direito líquido e certo (1990, p. 17).

Para garantir a eficácia da segurança em casos em que a demora em conceder o mandado de segurança ocasione em possível perca do objeto ou cause

dano que não possa ser reparado, comprometendo a efetividade do resultado do mandado de segurança, o qual ensejou sua impetração, tem-se a possibilidade de concessão de liminar no curso da ação, como esclarece Roberto Eurico Schmidt Júnior:

Daí a importância de o impetrante promover logo na propositura da ação, todas as provas necessárias a demonstrar que existe um direito líquido e certo e que a autoridade impetrada estorva o exercício deste direito. Não basta para a obtenção de liminar, que a parte alegue ser o dano irreparável. É necessário que o interessado demonstre, de forma cabal e incontestável, que a negação da medida provisória lhe acarretará um dano de tal sorte irreparável que a concessão do mandado de segurança não mais surti-lhe-á qualquer efeito jurídico, a não ser o de demonstrar que ele, impetrante, estava certo. (p. 28, 1990).

Quanto ao objeto do mandado de segurança coletivo, este em um primeiro aspecto, diz respeito a proteção à direitos subjetivos individuais dos membros dos sindicatos e associados de entidades de classe ou associações, conforme previsto no art.5, inciso LXIX, alínea b, da Constituição Federal de 1988, configurando-se, desta forma, uma substituição processual, também denominada legitimação anômala (BARBI, 2009).

Prevalece também o entendimento majoritário de que os interesses difusos também poderão ser objeto do mandado de segurança coletivo, se contrapondo a uma interpretação restritiva da norma constitucional, em que o mandado de segurança coletivo seria cabível apenas para a proteção de direitos subjetivos individuais. Tal argumento é rebatido, a medida em que nota-se que, por sua origem constitucional o mandado de segurança coletivo é um instrumento de eficácia potenciada, não podendo as normas constitucionais que tratam sobre o tema serem interpretadas de forma restritiva (BARBI,2009).

3.2 As Partes na Ação Mandamental

A definição das partes do mandado de segurança cumpre fundamental papel à medida que há uma falta de regulamentação minuciosa deste instituto. De início, cumpre ressaltar que em toda demanda incidirá duas posições em conflito, o polo ativo (autor) e o polo passivo (réu), o que também, como não poderia ser diferente, vale para a ação mandamental (BARBI, 2009).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), o legitimado ativo será a pessoa física ou jurídica, pública ou universalidade patrimonial que seja a possuidora do direito líquido e certo, violado ou ameaçado de ser violado. Poderá também haver direito líquido e certo de determinada pessoa que decorrerá de direito de um terceiro, dispondo o artigo 3º da Lei n. 12.016/2009, que nestes casos, o interessado poderá impetrar o mandado de segurança pleiteando a proteção ao direito líquido e certo originário, desde que o titular deste direito não o faça no prazo de 30 dias, após ser notificado de forma judicial. Após a notificação estipula-se o prazo de 120 dias para a impetração do *mandamus* (comando).

A legitimidade ativa compete ao titular do interesse em litígio, entretanto existem casos em que seja possível a legitimidade extraordinária, a qual a legitimidade para agir é de pessoa distinta daquela que detém o direito líquido e certo objeto da segurança, como ocorre no caso da espécie coletiva de mandado de segurança, onde o polo ativo é composto por instituições tais como partido político, associação e entidade de classe e sindicato.

Tem legitimidade ativa o titular do interesse em conflito, embora, em alguns casos, exista a legitimação extraordinária, quando a legitimidade para agir não é exatamente daquele que tem o direito líquido e certo, mas, sim, de terceiro, como ocorre nas hipóteses do art. 5.º, LXX, da Constituição Federal, onde se vê possibilidade do mandado de segurança ser impetrado por partido político, associação, entidade de classe e sindicato (SCHMIDT, 1990, p.30).

Poderá ocorrer o litisconsórcio ativo, hipótese em que haverá mais de um titular de direito subjetivo, devendo proceder o juiz, em sua sentença, com individualização da situação jurídica de cada uma das pessoas que compõem o polo ativo da demanda, portanto quando o direito ameaçado ou violado couber a mais de um indivíduo qualquer um destes poderá impetrar o mandado de segurança como acentua Heraldo Garcia Vitta:

Pode haver litisconsórcio ativo, desde que haja mais de um titular de direito subjetivo; nesses casos, a sentença do juiz será circunscrita à situação jurídica de cada um dos autores. A respeito, dispõe o art. 1º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança” (2010, p. 160).

Quanto a definição de legitimidade passiva, trata-se de questão controvertida, haja vista a ausência de um consenso entre a doutrina, a qual se divide entre duas correntes, possuindo aqueles que defendem que o polo passivo será a pessoa física autora do ato impugnado, denominada autoridade coatora, e os que defende que o legitimado para ser réu do mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público ou privado que esteja no exercício de função pública (DI PIETRO, 2015).

Importante parcela da doutrina pátria defende que a legitimidade passiva recairá sob a pessoa física, que for a responsável pelo ato de autoridade, que lesar ou ameaçar de lesar direito do impetrante se valendo de ilegalidade ou abuso de poder, conforme se extraí da lição de Roberto Eurico Schmidt Júnior (1990, p.32) “É de se lembrar que o *writ* sempre será impetrado contra autoridade, isto é, em resumo, contra pessoa física revestida de alguma parcela do poder público.”

A autoridade coatora que figurará no polo passivo do mandado de segurança será a pessoa que ordenar executar ou omitir a prática do ato objeto da segurança, necessitando, porém que esta detenha poder decisório sobre a questão, não se enquadrando neste caso o autor de normas de caráter genérico, mas sim o responsável pela sua execução, desde que tenha poder de deliberação, como se observa nos ensinamentos de Heraldo Garcia Vitta:

Autoridade coatora é a pessoa que, efetivamente, ordena, executa ou omite a prática do ato impugnado, desde que tenha competência e instrumentos para cumprir a decisão jurisdicional. Ela ordena, concreta e especificamente, a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde por suas consequências administrativas. Não é quem expede portaria, regulamento, instrução de ordem geral, genérica, mas quem executa a ordem nelas contidas, com poder de decisão (2010, p.162).

Entretanto o entendimento que prevalece é de que a legitimidade passiva, ou seja, o réu, do mandado de segurança se refere a pessoa jurídica seja ela de direito público ou privado que exerça função pública a qual a autoridade coatora que praticou ato ilegal ou com abuso de poder, está vinculada, desta forma o ato o qual deu causa a impetração do *mandamus* (comando) é do ente público e não de seu

funcionário (BARBI,2009).

Outro argumento que reforça a tese de que o sujeito passivo é a pessoa jurídica e não a autoridade coatora a ele vinculada se encontra no fato de que o juiz observará a situação do impetrante em relação ao à pessoa jurídica e não a autoridade coatora, além do mais, em regra, caberá ao vencido o pagamento das custas processuais, sendo impensável uma possível condenação do coator quanto às despesas processuais.

Outra circunstância que milita contra a tese daqueles mestres é que o julgado irá regular a situação do impetrante em relação à pessoa jurídica de direito público e não em referência à autoridade coatora. A isto deve-se acrescentar que as despesas judiciais, em regra, cabem ao vencido, e seria estranha a condenação do funcionário coator ao pagamento das custas do processo (BARBI, 2009, p.139).

Corroborando com este entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) afirma que, apesar de controvertida a matéria o legitimado para ocupar o polo passivo da demanda será a pessoa jurídica que esteja no exercício de atribuições do Poder Público, o que se torna clarividente, à medida que se observa que em caso de recurso, este fica a critério da pessoa jurídica e não da autoridade coatora, sendo ainda que os efeitos resultantes da impetração de mandado de segurança recaem sobre a pessoa jurídica e não sobre o impetrante.

3.3 Mandado de Segurança – espécies

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2006), após a promulgação da Constituição Federal de 1988, estão previstos duas espécies de mandado de segurança, o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo. O mandado de segurança individual se define como aquele que é impetrado por pessoa física ou jurídica, visando proteger direito próprio. Já o mandado de segurança coletivo é aquele que é impetrado por pessoas jurídicas na defesa de seus membros ou interessados.

O mandado de segurança individual poderá ser impetrado sempre que houver violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo de pessoa física ou jurídica, atuando sempre com o objetivo de salvaguardar direito próprio, direito este que tenha vilipendiado por ato revestido de alguma ilegalidade ou abuso de poder

por parte de autoridade (DI PIETRO, 2015).

Já o mandado de segurança coletivo, inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, trata-se da hipótese de ser impetrada a segurança por pessoa distinta da originariamente titular do direito, transformando-se em uma espécie de substituto processual, os legitimados para tanto são partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que esteja em funcionamento há pelo menos um ano e seja legalmente constituída, atuando na defesa dos interesses de seus membros ou associados (BARBI, 2009).

Quanto aos pressupostos processuais do mandado de segurança coletivo entende-se que estes, ante a ausência de previsão pelo texto constitucional, serão os mesmos presentes na modalidade individual do mandado de segurança, constante no inciso LXIX do artigo 5º da Carta Constitucional, quais sejam, ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, como explana Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Um primeiro dado que salta aos olhos é o fato de que o dispositivo constitucional não indicou os pressupostos da medida, como fez em relação aos outros remédios constitucionais. Isto permite uma primeira conclusão: os pressupostos são os mesmos previstos no inciso LXIX para o mandado de segurança individual, a saber, ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo (2015, p.948).

Existe, entre tanto, outra forma de classificação do mandado de segurança, atentando-se as suas formas de tutela, podendo ser impetrado, desta forma o mandado de segurança repressivo ou o mandado de segurança preventivo, como esclarece Roberto Eurico Schmidt Júnior (1990, p.18) “Nas hipóteses a que se refere o parágrafo anterior, duas são as espécies de mandado de segurança: mandado corretivo e mandado preventivo.”.

O mandado de segurança repressivo atuará na reprimenda ao ato administrativo já realizado e que esteja revestido de ilegalidade ou abuso de poder, protegendo o impetrante contra conduta do Poder Público que já esteja em plena vigência e eficácia e que cause lesão a direito ao interessado. Sendo assim pode-se dizer que nesta modalidade de segurança visa-se “consertar” eventual erro ou abuso

cometido pelo Poder Público, como assevera o administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

Através do mandado de segurança repressivo, o impetrante defende seu direito contra ato do Poder Público que já é vigente e eficaz. Como esses elementos tornam o ato operante, o mandado de segurança visa a reprimir a conduta administrativa já realizada. Consertar-se-á o erro já cometido. (2006, p.846)

Para Roberto Eurico Schmidt Júnior (1990), no caso do mandado de segurança repressivo, como o próprio nome indica a autoridade coatora já praticou o ato que feriu o direito líquido e certo do impetrante, em uma atuação positiva, ou seja, fazendo algo, ou em uma omissão, deixando de fazer algo que tinha por obrigação fazer, sendo assim a intenção da segurança será a correção de algo que já ocorreu.

Já em relação ao mandado de segurança preventivo, o objetivo da impetração do *mandamus* (comando) é garantir que direito líquido e certo, que esteja sendo ameaçado pela autoridade coatora, não seja efetivamente, por ela, violado, protegendo tal direito, antes mesmo que a autoridade pratique o ato que o violará seja ele uma ação ou omissão. Pode se dizer que se trata de uma antecipação de tutela jurisdicional.

De outro lado, como o próprio nome indica, o mandado de segurança preventivo é aquele que resguarda o direito líquido e certo do impetrante antes que a autoridade pratique a ação ou omissão que a violará. Há, por assim dizer, uma antecipação de tutela jurisdicional (SCHMIDT, 1990, p. 18).

Segundo se depreende da lição de José dos Santos Carvalho Filho (2006), o mandado de segurança preventivo visará a lesão ao direito líquido e certo. Para tanto, o ato violador ainda não foi praticado, entretanto há elementos inidôneos e certos de que este será praticado. Percebe-se ainda a sensação de ameaça, a qual o eminente ato, provoque ao interessado, sendo estes os pressupostos fundamentais para a impetração do mandado de segurança de forma preventiva.

Carvalho Filho (2006) esclarece ainda que, o mandado de segurança preventivo deve obedecer a três aspectos, entre eles estão à realidade, no qual o

interessado deve demonstrar de maneira clara e segura que o ato irá realmente ocorrer, a objetividade, o qual a ameaça deve ser grave e contundente, não se baseando em meras suposições e por fim a atualidade, onde deve se tratar de ameaça iminente, devendo se fazer presente no momento da ação, não sendo aceitas ameaçadas anteriores e já ultrapassadas.

CONCLUSÃO

O mandado de segurança, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX, e na Lei 12.016 de 2009, configura-se como fundamental ferramenta no combate as ilegalidades e arbitrariedades praticadas pelo Estado contra qualquer cidadão, atuando nos casos em que há violação a direito liquido e certo por ato praticado por autoridade pública ou terceiro no exercício de função pública. E é nesse sentido que fica clara a importância de uma melhor compreensão

sobre esse instituto, pois sua atuação é extremamente valorosa à proteção aos direitos fundamentais e, por conseguinte ao Estado Democrático de Direito.

Ao estudar o mandado de segurança como instrumento garantidor dos direitos líquidos e certos fundamentais, foi possível compreender a definição da expressão direito líquido e certo, entendendo-se como sendo aquele direito que pode ser demonstrado de plano, sem a necessidade de produção de provas, bem como asseverou que este se refere aos fatos, que devem estar provados no momento da impetração do mandado de segurança, observando-se a importância que esse remédio constitucional exerce no ordenamento jurídico brasileiro.

Observou-se também, através da consulta à doutrina e à jurisprudência, que a liquidez e certeza do direito, exigida para a impetração do mandado de segurança, diz respeito tão somente aos fatos, não sendo analisada a clareza do direito, ou seja, por mais que a matéria de direito seja amplamente complexa e controversa, esta não configura empecilho para a análise do mérito e sua concessão.

Ao analisar o mandado de segurança como ferramenta usada na proteção aos direitos individuais, atuando na guarda aos direitos líquidos e certos violados por ato ilegal ou praticado com abuso de poder, conclui-se que o surgimento deste instituto está relacionado a afirmação dos direitos fundamentais, a medida em que sua criação tem por pano de fundo, a proteção aos direitos individuais que não se relacionam a liberdade de locomoção, ou seja, o mandado de segurança surge com o objetivo de resguardar os direitos que não eram protegidos pelo *habeas corpus*, mas que constituíam direitos fundamentais de todos os cidadãos e por esse motivo também merecia uma proteção especial.

Por fim, foi possível constatar algumas das características da ação do mandado de segurança, atentando-se ao seu objeto, o qual se compreende como aquela que visa proteger direito líquido e certo violado por ato de agente público ou terceiro que desempenhe função pública, possuindo sua área de atuação delimitada, não sendo cabível nos casos em que o direito configure objeto de atuação do *habeas corpus* ou o *habeas data*.

Também se atentou a definição das partes na ação mandamental, apresentando quem possui legitimidade para fazer parte do polo ativo ou passivo no processo do mandado de segurança e como o ele se classifica, podendo ser impetrado de forma individual, na defesa de direito próprio ou de forma coletiva, na defesa de direito alheio, bem como, de maneira preventiva, em caso de ameaça de lesão, ou repressiva, quando sua atuação é posterior a violação de direito líquido e certo.

Desta maneira, conclui-se que o instrumento do mandado de segurança, remédio constitucional criado pelo direito brasileiro, para a na defesa dos direitos líquidos e certos fundamentais, possui relevante função a medida em que visa não permitir que o Estado avance sobre os direitos individuais inerentes a todos os cidadãos, seja por ato manifestadamente ilegal ou praticado com abuso de poder, por parte de autoridade pública ou de quem esteja desempenhando serviço público. Sendo assim, fica claro sua importância para o sistema jurídico brasileiro, como instrumento democrático e que atua na promoção da cidadania

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Do Mandado de Segurança**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Darlan. **Mandado de Segurança**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Do Mandado de Segurança**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 25.266/MS**, da 2ª Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 07/04/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.min.&processo=RMS+036575&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 40.803/DF**, da 2ª Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 25/08/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=RMS+40.803%2FDF&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 26199**, 1ª Turma. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 27/03/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=447722>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 26433**, Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em 26/04/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000186946&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RTJ 133/1314**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 21/09/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10013436>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RTJ 83/855**, Relator Ministro Soares Muñoz. Julgado em 15/03/1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000186946&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Manual de direito administrativo I**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Salvador: JusPODIVIM, 2012.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito Administrativo**. 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ, Sérgio. **Cinquenta anos do mandado de segurança**. 1ª Ed. Porto Alegre: Fabris, 1986.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do Direito Público**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES Gilmar Ferreira **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

SCHMIDT, Roberto Eurico. **Mandado de Segurança**. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 1990.

SOUZA, David Silva de; **Um breve estudo sobre a evolução do Mandado de Segurança**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=9829&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 06 Fevereiro 2018.

VITTA, Heraldo Garcia. **Mandado de Segurança, comentários à lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnoldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.