

MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO LÍQUIDO E CERTO

WRIT OF SECURITY AND THE GUARANTEED RIGHT

ANDRÉIA DONADON FERNANDES NETO¹

1. Bacharel em Direito pela Faculdade Brás Cubas. Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 54.776.

* Rua Princesa Isabel, 1236, Zona 4, Maringá, Paraná, Brasil. CEP: 87014-090 netodonadon@hotmail.com

Recebido em 24/01/2014. Aceito para publicação em 14/02/2014

RESUMO

O Mandado de Segurança é uma Ação autônoma de natureza Cível, muito embora possa ser utilizado no juízo criminal é considerada uma ação residual, eis que o próprio inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira reza que conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data' (...). Assim, quando da existência de direito líquido e certo a ser tutelado não for amparado por outros remédios judiciais, conceder-se-á o "mandamus". Verificamos que para a concessão da Tutela Antecipada, bem como para a concessão da segurança é necessário a comprovação do direito líquido e certo, que o impetrante julgue ter sido violado, devendo este direito ser comprovado no momento da impetração do Mandado de Segurança, não se admitindo dilação probatória. Ao final dos estudos foi verificado que este remédio constitucional que fora criado para resguardar direito *inconteste*, muitas vezes é utilizado inadequadamente pelos profissionais do Direito, uma vez que é deixado de demonstrar no momento da impetração do Mandado de Segurança, o direito líquido e certo que está sendo violado, sobrecarregando a máquina judiciária e não atingindo o direito pleiteado. Desta forma, o profissional do Direito deverá sempre analisar o direito a ser perseguido pelo prisma da comprovação inequívoca e de plano, a fim de se atingir o fim pretendido por meio do Mandado de Segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Segurança, direito líquido e certo, *mandamus*.

ABSTRACT

The writ of security is an autonomous Action of nature Civil, although it can be used in criminal court is considered a residual action, behold, the item LXIX of Article 5 of the Brazilian Federal Constitution holds that will be granted a writ of security when necessary to protect a specific Right not supported by 'habeas corpus' or 'habeas data' (...). Thus, when there is a clear legal Right to be protected is not supported by other legal remedies, it will grant the "mandamus". We found that the granting of Injunctive Relief as well as for the provision of security is necessary to prove the guaranteed Right, the petitioner deems to have been violated, should this Right be confirmed at the time of filing of the writ of security, not delay admitting evidence. At the end of the study it was found that this constitutional remedy which was cre-

ated to protect incontestable Right is often improperly used by legal professionals, failing to demonstrate at the time of filing of the writ of security, the guaranteed Right, that is being violated, overloading the judicial machinery and not reaching the Right claimed, behold, the route used is not suitable. Thus, the legal professional should always consider the Right should be sought through the prism of unequivocal proof of the plan in order to achieve the intended purpose by the injunction.

KEYWORDS: Writ of security, guaranteed Right, *mandamus*.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho destacar a importância da observância dos requisitos legais do Mandado de Segurança, com foco no requisito do direito líquido e certo, a fim de se evitar a propositura de ação fadada ao insucesso, acarretando o movimento indevido da máquina pública.

O Mandado de Segurança é uma ação cível de rito sumário e especial e destina-se a coibir atos ilegais de autoridade que lesam direitos subjetivos, líquido e certo, do impetrante. Neste sentido, por ato de autoridade, suscetível de mandado de segurança, entende-se toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Direito líquido e certo, conforme artigo 5º, LXIX da CF/88 é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração¹, ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados no plano por prova pré-constituída, por não admitir dilação probatória.

O Mandado de Segurança é disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, podendo ser uma medida repressiva ou preventiva.

Assim, define a citada lei que o prazo para interposição do MS é de 120 dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado² (prazo decadencial).

Como requisito fundamental para a concessão da segurança pretendida é a comprovação do direito líquido e

certo violado, devendo ser provado de forma inconteste, a fim de que se obtenha este heroico remédio.

Neste ponto, é onde consiste grande número de insucesso desta ação, eis que por vezes o impetrante não traz em sua petição inicial de forma inequívoca a comprovação do seu direito violado, ou seja, deixa de comprovar o direito líquido e certo merecedor da segurança pretendida. Neste sentido, verificamos que o Mandado de Segurança nem sempre vem agasalhado com os requisitos necessários para o alcance do direito pretendido, eis que carecedor dos requisitos necessários para a concessão da ordem.

O presente trabalho partirá de uma análise breve e geral sobre o Instituto do MS, tendo como enfoque o requisito legal do direito líquido e certo, como condição para a concessão da ordem pleiteada em sede de Mandado de Segurança.

2. MATERIAL E MÉTODOS

Realizou-se uma pesquisa bibliográfica relativa ao tema: Mandado de Segurança e direito líquido e certo, através de revisão sistemática tendo por base levantamento de dados nas seguintes bases: *Web of Science*, LILACS, PsycInfo e Social Files. Os artigos em sua versão completa foram obtidos através do site da BIREME e do portal CAPES pelo qual se obteve acesso aos artigos publicados no Scielo, LILACS e Biblioteca Cochrane.

Para complementação deste levantamento foram utilizados dados de fontes secundárias, livros e leis (municipal, estadual e federal), bem como sentenças publicadas via internet, avaliando-se que grande parte da literatura mundial data dos últimos cinco anos.

3. DESENVOLVIMENTO

O Mandado de Segurança é um direito previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 1934, entretanto, foi suprimido em 1937 na Carta Constitucional, e resurgido na Carta Constitucional de 1946 e sendo sido consolidado e ampliado na Constituição de 1988.

Mandado de segurança é uma ação derivada que serve para resguardar Direito líquido e certo não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Datas*, que seja negado, ou mesmo ameaçado, por autoridade pública ou no exercício de atribuições do poder público.

Importante, frisar que o Mandado de Segurança também serve para combater atos de particulares, quando estes estão exercendo função pública, como por exemplo as universidades particulares que apesar de ter natureza de pessoa jurídica de direito privado, exercem uma atividade essencialmente pública, o ensino.

Segundo conceito doutrinário³ o Mandado de Segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou

ameaçado de lesão (...).

O Mandado de Segurança tem sua previsão no rol dos direitos e garantias fundamentais, listado no artigo 5º da Constituição Federal brasileira atual, com a seguinte redação:

"Artigo 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;"(grifo nosso)

O Mandado de Segurança é um remédio constitucional, de natureza mandamental, rito sumário e especial.

Ainda, a Lei Federal brasileira nº 12.016, de 07 de Agosto de 2009, já no seu art. 1.º dispõe que²:

"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". (grifo nosso)

Com base nos dois dispositivos acima citados, resta patente a necessidade da apresentação do direito líquido e certo no ato da impetração do Mandado de Segurança, de forma a não se suscitar qualquer tipo de dúvida, para a concessão da ordem pleiteada. Ainda, é importante verificar se o direito pleiteado não é resguardado por *habeas-corpus* ou *habeas datas*, que são outros dois tipos de ações que visam assegurar a liberdade do indivíduo e o acesso à informação.

No que tange a interpretação da expressão “direito líquido e certo”, para Pedro Lenza⁴, direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do Mandado de Segurança.

Entretanto, há autores que defendem se tratar de uma especial condição da ação exigida para o *writ*, com por exemplo Sérgio Ferraz⁵, que aponta o direito líquido e certo como condição da ação especial, mas, por outro lado, defende que é também matéria de mérito.

Diante deste quadro, é imperioso entender na forma do que registra o Doutrinador Hely Lopes Meireles (2009)⁶, pois:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu conhecimento e exercício no momento da impetração.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. (grifo nosso)

Logo, a prova é essência do mandado de segurança, eis que da prova que mensurar-se-á o direito a ser garantido pela medida.

Ante a tal realidade, é de constatar que se não comprovado o direito líquido no ato da impetração do Mandado de Segurança, há de se concluir pela inexistência do ato coador.

Desta forma, deixando de demonstrar e comprovar o ato coator a ser remediado, ou seja, lesão de direito ou ameaça, o impetrante descumpre, por conseguinte, o que dispõe o artigo 333 do Código de Processo Penal:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Nessa perspectiva, o mandado de segurança deverá ir instruído com documentos revestidos de robustez probatória sobre o direito pleiteado de segurança, caso contrário a ordem deverá ser negada.

No mesmo sentido, entende a mais aquilatada Doutrina:

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança... Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações⁶.

Como se poderá observar, a doutrina vem embasada no consolidado entendimento do STJ⁸, senão vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO...

1. O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória. (grifo nosso)

Tomamos de empréstimo o julgado do STJ⁹ que se amolda ao tema em questão:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANISTIA POLÍTICA. PORTARIA INTERMINISTERIAL 134/2011. DESPACHO DE ABERTURA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. LIMINAR. INDEFERIMENTO. ATO QUE NÃO INTERFERE NA ESFERA JURÍDICA DO IMPETRANTE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUMAÇA DO BOM DIREITO E DE PERIGO NA DEMORA. PRECEDENTES.

(...) 3. É de se manter o indeferimento de liminar que pugna pela suspensão de processo administrativo fundado na avaliação da legalidade de atos administrativos praticados pela própria administração pública, no caso concreto; além disso, inexistente a caracterização do periculum in mora e do fumus boni iuris. Precedentes específicos: AgRg no MS 17.573/DF, AgRg no MS 17.539/MS e AgRg no MS 17628/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgados em 26.10.2011. (grifo nosso)

Como se poderá observar, a doutrina vem embasada no consolidado entendimento do STJ¹⁰, senão vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.

DIREITO LÍQUIDO E CERTO...

1. O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória. (grifo nosso)

Ainda, corroborando com a necessidade da comprovação probatória conforme preconiza no artigo 333 do CPC, I, assim também entende o STJ¹¹, vejamos:

Por outro lado, o mandado de segurança não comporta dilação probatória, uma vez que pressupõe a existência de direito líquido e certo aferível por prova pré-constituída, a qual é condição da ação mandamental, haja vista ser ela imprescindível para verificar a existência e delimitar a extensão do direito líquido e certo afrontado ou ameaçado por ato da autoridade impetrada.

No mesmo sentido, o STJ¹¹ se manifesta de modo inequívoco, reiterando o que determina a norma Constitucional, de sorte que a prova é pressuposto indispensável para a utilização do Mandado de Segurança:

O mandado de segurança exige prova pré-constituída e não admite dilação probatória, o que torna descabida a juntada posterior de documentos a fim de demonstrar o direito líquido e certo alegado. (grifo nosso)

Corroborando com os julgados citados, apenas por abundância, citamos o entendimento do ilustre jurista Hely Lopes Meirelles¹²:

“o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal a trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações ou fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança. (grifo nosso)

Deste modo, parece não suscitar dúvidas que é necessário que o impetrante, ao ajuizar o *mandamus*, comprove em sua inicial o direito líquido e certo violado ou ameaçado.

Com efeito, nos ensina Eduardo Arruda Alvim¹³:

“o que se requer é que a inicial esteja instruída como os documentos necessários ao conhecimento exauriente do pedido, pois esses mesmo documentos serão à base de toda atividade probatória possível”. (grifo nosso)

Portanto, a impetração do Mandado de Segurança sem a observância e comprovação do direito e líquido e certo, ofende o Princípio da Legalidade, vez que não há dispositivo legal que assim autorize.

Da mesma sorte, a Constituição Federal brasileira de 1988, quando garante a obrigatoriedade de observância do Princípio da Legalidade, estende esta obediência compulsória aos particulares e cidadãos, senão vejamos o que nos pormenoriza a Doutrina¹⁴:

... o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a da lei (...).

Desta forma, se a natureza jurídica do Mandado de Segurança não foi observada pelo impetrante, vez que o remédio fora utilizado de forma inadequada, ou seja, sem a comprovação do direito líquido e certo, há de se determinar o indeferimento da ordem pleiteada, conforme conceito doutrinário¹⁴.

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objetivo é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, ... (grifo nosso)

Portanto, com base na melhor doutrina e jurisprudência, o Mandado de Segurança deverá ser impetrado com observância e comprovação do direito líquido e certo ameaçado ou violado, para a obtenção da ordem pleiteada, respeitando-se assim, o Princípio da Legalidade.

4. CONCLUSÃO

Com base na revisão da doutrina e jurisprudência sobre o tema abordado, pode-se dizer que para evitar insucesso, movimento indevido da máquina judiciária e a obtenção da ordem pleiteada em sede de Mandado de Segurança, é necessário que a peça inicial esteja acompanhada de prova inequívoca e cabal, sobre o alegado direito violado ou ameaçado.

REFERÊNCIAS

- [1] Constituição Federal/88.
Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Acesso em 01.01.2014
- [2] Ferreira JCC. Nova lei do mandado de segurança: Lei nº 12.016/2009. Algumas breves impressões. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2234, 13 ago. 2009.
Disponível em:
<http://www.jus.com.br/revista/texto/13317>
Acesso em: 22 nov. 2011.
- [3] Alexandre M. Direito Constitucional, 16ª Edição, 2004; 165.
- [4] Lenza P. Direito Constitucional Esquemático. 15ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- [5] Ferraz S. Mandado de Segurança: Individual e Coletivo – Aspectos Polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1992. In Ribeiro KG. Direito líquido e certo no mandado de segurança. Natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência. Jus Navigandi, Teresina. 2002; 6(59).
Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3318>
Acesso em: 11 mai. 2008.
- [6] Hely LM. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 33ª Edição, Malheiros, 2009; 37.
- [7] MS 15022 / DF - Mandado de Segurança 2010/0023032-6 - Ministro Gilson DIPP - DJe 17/11/2011
- [8] STJ - RMS 28336 / SP - Recurso Ordinário em Mandado de segurança - 2008/0262860-6 - Ministro João Otávio de Noronha - DJe 06/04/2009.
- [9] STJ - AgRg no MS 17631 / DF Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2011/0235642-1 - Ministro Humberto Martins - DJe 18/11/2011.

- [10] STJ - RMS 28336 / SP - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 2008/0262860-6 - Ministro João Otávio de Noronha - DJe 06/04/2009.
- [11] STJ - MS 15313 / DF - Mandado de Segurança - 2010/0092636-0 - Ministro Mauro Campbell Marques - DJe 18/11/2011.
- [12] Hely LM, Arnold W, Gilmar FM, Mandado de Segurança e ações constitucionais, 33ª. Edição, Malheiros Editores. 2010; 37.
- [13] Eduardo AA. Coleção Tributação em Debate, Tributação e Processo, Livro 5, Tomo I, Coordenação James Marins, Juruá Editora, 2008; 18.
- [14] Alexandre M. Direito Constitucional, 16ª Edição, 2004; 71:165.

