



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 3

PROCESSO CIVIL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 3

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

Editora PUCSP

São Paulo

2021

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
PROCESSO CIVIL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello

Elizabeth Nazar Carrazza

Fábio Ulhoa Coelho

Fernando Menezes de Almeida

Guilherme Nucci

José Manoel de Arruda Alvim

Luiz Alberto David Araújo

Luiz Edson Fachin

Marco Antonio Marques da Silva

Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques

Paulo de Barros Carvalho

Raffaele De Giorgi

Ronaldo Porto Macedo Júnior

Roque Antonio Carrazza

Rosa Maria de Andrade Nery

Rui da Cunha Martins

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Teresa Celina de Arruda Alvim

Wagner Balera

TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-65-990464-8-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)

: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MANDADO DE SEGURANÇA

Arlete Inês Aurelli

INTRODUÇÃO

No presente verbete pretendemos discorrer sobre o instituto do mandado de segurança, que tem assento constitucional, nos incisos LXIX E LXX do art. 5º da Magna Carta e se constitui num dos maiores instrumentos de proteção do cidadão contra atos ilegais e abusivos praticados por autoridade pública.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceito e natureza jurídica.....	2
2. Partes no mandado de segurança.....	4
2.1. Correção do polo passivo no mandado de segurança.....	15
3. Direito líquido e certo como condição específica para a ação do mandado de segurança.....	17
4. Liminar no mandado de segurança	24
5. Prazo para impetração	27
6. Suspensão de segurança	27
Referências	28

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O conceito e a natureza jurídica do mandado de segurança envolvem três aspectos que não podem ser separados, no momento de estudar esse importante meio de defesa de direitos individuais e coletivos contra a ilegalidade e o abuso de direito praticados pelo Poder Público. São três facetas do mesmo instituto, que devem ser unidas

para compor a definição e também a sua natureza jurídica.

Assim, o mandado de segurança é forma de tutela que possui perfil constitucional, como verdadeira garantia constitucional que é, estando assim consagrado no art. 5º, LXIX e LXX, além de ser regulamentado por lei extravagante, qual seja a Lei 12.016/2009. Também possui natureza jurídica de verdadeira ação, caracterizando-se, em nosso sentir como mandamental. O mandado de segurança é também espécie de tutela diferenciada, eis que a especialidade dos direitos que protege, determina que o procedimento a ser observado na busca da efetividade desses direitos seja especialíssimo, com mecanismos próprios a preservação dessa forma de tutela.

De fato, o mandado de segurança se insere entre as garantias constitucionais, que se constituem de meios hábeis a tornar efetivos os direitos previstos, tanto na Constituição como na lei ordinária. Observamos assim que o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal assegura justamente um meio, um instrumento para tornar efetivos os direitos fundamentais previstos tanto na Constituição Federal como na legislação ordinária. No mandado de segurança constatamos, ainda, a incorporação do princípio do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, CF, que reza que a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Além disso, o mandado de segurança, visto como garantia constitucional, constitui cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º, da Constituição Federal, ou seja, não pode ser objeto de alteração por meio de emendas à Constituição.

O mandado de segurança é, portanto, garantia fundamental instrumental destinada a proteger o tutelado contra qualquer ameaça ou violação de seus direitos pelo Poder Estatal, desde que esse direito não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Pode-se dizer que é a própria manifestação do Estado Democrático de Direito.

É preciso ressaltar que, embora o mandado de segurança seja uma garantia constitucional, pode ter o seu modo de exercício regulamentado por lei ordinária. Esta pode prever o rito a ser utilizado para o mandado de segurança e o modo pelo qual essa garantia constitucional será exercida. Entretanto, a lei ordinária jamais poderá limitar o exercício desse importante instrumento, sob pena de inconstitucionalidade. A interpretação que devemos dar, portanto, quanto ao diálogo das fontes jamais poderá ser para suprimir a possibilidade de uso do mandado de segurança como guardião do direito líquido e certo. Assim, além de ser regulamentado por lei extravagante, qual seja a Lei

12.016/2009, é certo que o código de processo civil, ainda que aplicado de forma subsidiária, por se tratar de lei geral, tem papel relevante, sobre a normatização do mandado de segurança e somente atingirá o chamado “remédio heroico” naquilo que não houver previsão expressa na lei de regência e naquilo que não for com ela incompatível.

Por outro lado, o mandado de segurança tem natureza jurídica de ação mandamental, eis que a sentença proferida nessa ação é uma ordem a ser observada pela autoridade coatora. De fato, a sentença proferida no mandado de segurança ordena, manda, não se limitando a condenar. Não existe a necessidade de um procedimento para obter a execução da ordem, bastando ao juiz oficial a autoridade impetrada, transmitindo-lhe a ordem de fazer ou não fazer. Caso a autoridade impetrada a descumpra, cometerá crime de desobediência e/ou de responsabilidade. Além disso, no mandado de segurança proporciona-se, ao impetrante, a garantia *in natura* do direito pleiteado. Veja-se que não há possibilidade de substituir o direito pela indenização por perdas e danos. De fato, não se abre à administração outra alternativa que não a de dar estrito cumprimento à ordem emanada da sentença concessiva da segurança, sob pena de infração penal. O cumprimento da ordem é ato que somente a autoridade coatora pode praticar. Não há como obter o resultado prático equivalente.

O mandado de segurança também deve ser visto e entendido como tutela jurisdicional diferenciada, possibilitando um processo mais célere e efetivo, capaz de proporcionar a plenitude dessa tutela, e a eficácia dessa garantia. Sob esse aspecto, o mandado de segurança tem a função de ser o instrumento por meio do qual se assegura a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária, havendo a possibilidade de se obter a tutela efetiva, assegurando a plenitude do direito pretendido. Destarte, como garantia constitucional, é preciso que se proporcione o acesso aos meios que possibilitem a efetividade dessa garantia.

2. PARTES NO MANDADO DE SEGURANÇA

No polo ativo, o *caput* do art. 1º Da Lei 12.016/2009 reproduz o inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal e determina o cabimento do mandado de segurança quando alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la. “Alguém”, na acepção

constitucional, evidentemente inclui pessoas físicas e jurídicas. Inclui, até mesmo o estrangeiro. Como garantia constitucional a interpretação deve ser sempre ampliativa.

Assim, no polo ativo do mandado de segurança pode figurar qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou particular, nacional ou estrangeiro, que tenha sofrido, ou tenha sido ameaçada de sofrer, lesão a direito líquido e certo. Podem constar do polo ativo, inclusive, o espólio, a massa falida, as sociedades sem personalidade jurídica, o condomínio, as assembleias, os tribunais, as câmaras.

Antes da Lei 12.016/2009, era corrente o entendimento de que o mandado de segurança, por ser uma garantia individual, não poderia ser utilizado pela pessoa jurídica de direito público. Esse entendimento equivocado, diga-se de passagem, tornou-se inadmissível, ante a previsão expressa da possibilidade de o mandado de segurança ser impetrado por pessoa jurídica de direito público. E assim permanece com o advento do CPC/2015. Mesmo no caso do mandado de segurança contra ato judicial, em que, realmente a questão é um pouco mais intrincada, entendemos que não há qualquer restrição ao uso pela própria pessoa jurídica de direito público. Ocorre que, embora se trate de entes do mesmo Poder Público, na verdade são órgãos diferenciados, que têm interesses também diversos a defender. Ora, o juiz também é órgão do mesmo Poder, pelo que, se não há essa confusão, nesse caso, muito menos haveria entre dois órgãos diferentes, cada um figurando num dos polos da relação processual. Esse direito pode ser estendido aos entes despersonalizados, como Câmaras Municipais e Mesas de Assembleia, como órgãos públicos com prerrogativas próprias, porquanto, embora não tenham personalidade jurídica, têm capacidade de ser parte.

A Lei 12.016/2009 silencia sobre a legitimidade do Ministério Público e Defensoria Pública, mas nos parece que o CPC/2015 faz opção pela legitimidade desses órgãos, nos arts. 176 a 187 quando, por exemplo, determina que o MP exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais e que a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos aos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita. Inclusive, quanto à legitimação para o mandado de segurança coletivo, por uma interpretação sistemática, podemos concluir pela legitimidade do Ministério Público, que deflui da própria Constituição Federal, que nos arts. 127, *caput*, e 129, IX, determina a função institucional do MP de defender o interesse social, como é o caso das ações

coletivas. A legitimidade do Ministério Público somente estará excluída, por razões óbvias, quando se tratar de direito individual disponível. A mesma conclusão por ser tirada em relação à Defensoria Pública, cuja legitimidade para propor mandado de segurança coletivo advém de expressa disposição legal, qual seja a Lei Complementar 988/2006 do Estado de São Paulo, que, no art. 2º, dispõe que "a Defensoria Pública do Estado é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual e *coletiva*, judicial e extrajudicial, dos necessitados, assim considerados na forma da lei". Da mesma forma, o art. 4º, da mesma lei, estabelece atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, entre elas representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou *coletivos*, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores. Por outro lado, a Lei Federal 11.448/2006 alterou a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e, em seu art. 5º, II, passou a prever expressamente a legitimidade ativa da Defensoria Pública. Desta forma, a legitimidade ativa da Defensoria Pública do Estado deriva de expressa disposição legal, pelo que, por uma interpretação sistemática, forçosamente, deve-se concluir por essa possibilidade.

Por outro lado, a regra, no mandado de segurança individual, é a legitimação ordinária, ou seja, o impetrante deve alegar e invocar direito próprio. No entanto, há, também, duas hipóteses de legitimação extraordinária.

A primeira hipótese é a do litisconsórcio ativo facultativo, prevista no § 3º do art. 1º da nova Lei, que reza que sempre que o ato de autoridade violar direito líquido e certo, pertencente a mais de uma pessoa, qualquer uma delas pode, individualmente, impetrar o mandado de segurança.¹ Portanto, podem ir a juízo todas juntas ou somente uma delas, isoladamente. Mesmo nesse caso, o requisito da legitimidade estará adimplido. Todos são partes legítimas e continuam sendo mesmo no caso de somente uma delas ir a juízo. Aquele que foi a juízo sozinho será substituto processual dos demais. A decisão valerá para todos.

¹ Nesse sentido, a lição de Ernane Fidélis dos Santos: "Pertencendo o direito ameaçado ou violado a várias pessoas, como seria a hipótese de imóvel em condomínio que teve irregular taxaçaõ tributária, ou a de vários herdeiros, qualquer interessado, como nas hipóteses, o condômino e o herdeiro poderão impetrar o mandado de segurança (art. 2º)." (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 199.)

Outra hipótese é a do art. 3º da Lei 12.016/2009, que dispõe que “o titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.” Trata-se de legitimação extraordinária,² eis que o impetrante será substituto processual daquele que possui o direito líquido e certo a ser amparado. Se o direito do impetrante decorrer de um direito originário pertencente a outrem, o qual sofreu a lesão ou se encontra ameaçado de sofrê-la, cabe a este impetrante primeiramente notificar o titular do direito originário para que promova, no prazo de trinta dias, o competente mandado de segurança. Somente se este não o fizer, no prazo constante da notificação, o impetrante poderá fazer uso do *writ*. Um exemplo seria a hipótese de o locatário impetrar mandado de segurança para não pagar o IPTU. Nesse caso, sempre será necessário notificar o titular do direito, qual seja, o locador, antes de impetrar a segurança, porquanto é este último que, pelo art. 34 do CTN, está obrigado ao recolhimento do imposto. Impetrado o mandado de segurança pelo terceiro, sem a anterior notificação, será caso de carência de ação por ilegitimidade de parte. Justamente porque é obrigatória a notificação do titular do direito antes da impetração, a coisa julgada que se forma nesse mandado de segurança atinge também o referido titular do direito, já que o mesmo terá consentido com a impetração.

O inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal também alberga a legitimação extraordinária, consubstanciada na substituição processual. A autorização tratada nesse dispositivo deve ser expressa, podendo constar da própria lei, dos estatutos, das assembleias ou ser dada pelos associados individualmente.

Entendemos que deve ser citado aquele que ficaria prejudicado pela concessão da segurança, como, por exemplo, o candidato que obteve a primeira colocação em concurso que o impetrante pretende anular, ou daquele que venceu uma concorrência que se procura também anular. Nesses casos, e também no caso de mandado de segurança contra ato judicial, há formação de litisconsórcio necessário, devendo ser citado o interessado, tendo em vista o princípio do contraditório, por meio do qual deve haver o direito de defesa por parte de todos os interessados. É evidente, entretanto, que o interesse,

² Essa também é a posição de THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p.185.

que torna necessária a formação do litisconsórcio, deve ser jurídico e não apenas de fato, como seria o interesse de todos os candidatos que participaram do concurso que se pretende anular. Entretanto, é preciso que fique claro que, se o interessado não for provocado a integrar o litisconsórcio, no mandado de segurança, não perderá o direito de discutir, por meio de ação própria, os fatos e o direito objeto do mandado de segurança, podendo, inclusive, cobrar perdas e danos do impetrante que tenha obtido decisão que reputa injusta.

Enfim, vislumbramos que para essas hipóteses aqui retratadas, poderá ser aplicado o parágrafo único do art. 18 do CPC/2015 que prevê que no caso de substituição processual, o substituído poderá intervir no feito como assistente litisconsorcial. Assim, no caso de o locatário impetrar mandado de segurança para discutir o IPTU, o locador poderá ingressar na qualidade de assistente litisconsorcial. Nada mais natural eis que o direito objeto da discussão, pertence ao locador.

Quanto à legitimidade passiva no mandado de segurança, o CPC/2015 em nada altera a polêmica, que também não foi resolvida pela Lei 12.016/2009, que é a de saber quem, efetivamente, deve ser considerada parte passiva da ação de mandado de segurança: autoridade coatora ou Poder Público. Assim, continuamos a manter nossa posição, conforme já demonstramos anteriormente,³ no sentido de que parte seria a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora.

A dúvida sobre quem seria parte no mandado de segurança se iniciou porquanto a revogada Lei 1.533/1951 previu, em seu art. 7º, I, que deveria ser notificada a autoridade coatora (previsão mantida pelo art. 7º da Lei 12.016/2009), e não a pessoa jurídica de direito público, dando-lhe ciência da impetração do mandado de segurança, para que apresentasse as informações que julgasse devidas. Ressalte-se que a notificação da autoridade impetrada vale como citação da pessoa jurídica de direito público. Ocorre que a lei assim previu, apenas para simplificar o procedimento, com vistas a dar maior efetividade ao instituto. Na verdade, o legislador, ao indicar a autoridade coatora como impetrado, copiou os modelos do *habeas corpus*, do amparo mexicano e dos *writs* norteamericanos, todos inspirados no direito inglês, no qual o responsável pelo ato é sempre a pessoa física que o praticou, e não a jurídica. O inglês, por questão cultural, não possui a

³ AURELLI, Arlete Inês. *Juízo de admissibilidade do mandado de segurança*, pp.133-143.

noção da pessoa jurídica, como entidade abstrata, como responsável pelos atos do Estado. O inglês responsabiliza a pessoa física, apenas. Por isso, no direito inglês, a lei prevê que a ação contra abuso de autoridade sempre é movida contra a pessoa física que praticou o ato. Entretanto, no nosso sistema não é assim. A pessoa jurídica de direito público é que será responsável pelo ato praticado, por um de seus prepostos, com ilegalidade ou abuso de poder, ferindo direito de um particular. De fato, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, determina que as pessoas de direito público ou de direito privado, prestadoras de serviços público, responderão pelos atos, e eventuais danos a terceiros, que seus agentes praticarem, no exercício de suas atribuições. Portanto, é a pessoa jurídica de direito público que responderá, patrimonialmente, pelos danos causados e pela sucumbência no processo. É sua esfera jurídica, portanto, que será afetada pela sentença concessiva do mandado de segurança. Ademais, verifica-se que não haverá qualquer modificação ou sucessão processual e nem mesmo suspensão da ação de mandado de segurança, no caso de a autoridade coatora vir a falecer, for transferida ou removida do cargo por ela ocupado, o que nos leva a crer que não há como considerá-la parte na ação. A Lei 12.016/2009 permite entrever a intenção do legislador de que é a pessoa jurídica de direito público, participe ela do processo, ou não, que responderá pelo ato coator, e, portanto, seria parte na ação de mandado de segurança, como se observa do disposto no art. 7, da nova Lei, em que ficou determinado que o impetrante deverá indicar, na petição inicial, além da autoridade coatora, também a pessoa jurídica que esta integra, a qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições, bem como para que se apresente uma via da inicial para que se dê ciência à mesma, para, querendo ingressar no feito (art. 6º c/c art. 7º, II). O mesmo determina o art. 13, com relação a concessão da segurança, de forma definitiva. Já o art. 2º define como federal a autoridade coatora se a pessoa jurídica que ela integra e que responderá pelo ato, for também federal. O art. 15 prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público interessada pleitear a suspensão da execução da liminar e da sentença. Examinando esses dispositivos, através de uma interpretação sistemática, vislumbra-se que a pessoa jurídica de direito público é a verdadeira parte passiva legítima para a causa.

Assim, ainda que de forma implícita, podemos entender que o legislador optou por considerar a Pessoa Jurídica de Direito Público, como parte passiva legítima para a causa. Isto porque, de acordo com arts. 17 e 18 do CPC/2015, um direito somente pode

ser discutido em juízo pelos seus titulares. Transpondo essa ideia ao mandado de segurança, verificaremos que o direito nele reclamado deve ser discutido pelos seus sujeitos, quais sejam o impetrante e a pessoa jurídica de Direito Público, em cujo nome foi praticado o ato considerado violador desse direito.

Não há que se falar em litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público. Em primeiro lugar, para podermos definir quem é parte no mandado de segurança, é preciso saber o que se entende por autoridade coatora. O art. 5º, LXIX, da CF conceitua autoridade coatora como a autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que seja responsável pelo ato praticado com ilegalidade ou abuso de poder e que feriu direito líquido e certo. Embora o legislador tenha pecado por deixar de resolver a importante questão ligada à parte passiva legítima, procurou definir, de forma bastante ampla, quais seriam as autoridades a serem definidas como coatoras, dispondo, já no *caput* do art. 1º que poder-se-ia tomar como autoridade coatora *qualquer autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*. Assim é que, no § 3º do referido dispositivo, o legislador definiu que: “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.” De outra banda, no § 1º art. 1º, o legislador equiparou à autoridade coatora todos os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. Por outro lado, no § 2º, do mesmo dispositivo, o legislador dispôs que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, pelo que tais administradores não devem ser tomados como autoridades coatoras. A intenção do legislador, nesse caso, foi a de excluir do cabimento do mandado de segurança os atos considerados de caráter privado que tenham sido praticados por administradores de empresas públicas e sociedades de economia mista, em caráter exclusivamente comercial. Assim, somente cabe o mandado de segurança no caso de o administrador praticar atos que dizem respeito às atribuições do Poder Público. Dessa forma, não podem figurar no polo passivo da ação de mandado de segurança nenhum dirigente de empresa pública, sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público, caso o ato coator tenha sido praticado fora do

âmbito de função delegada pelo poder público, como ocorre com os atos de gestão. Na verdade, o legislador apenas tratou de resolver questão polêmica, mas que já havia sido pacificada pela jurisprudência, notadamente do STJ, no sentido de determinar não ser cabível o mandado de segurança quando se trata de atos de gestão praticados fora do âmbito da atividade delegada do Poder Público.

No art. 2º da Lei 12.016/2007, ficou determinado que “Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.”

Portanto, se a autoridade coatora é responsável pelo ato praticado com ilegalidade ou abuso de poder, deduz-se que sua vontade de praticar o ato ou de permitir que ele se pratique é essencial na definição de quem seria esse agente coator. Dessa forma, pode-se afirmar que a autoridade coatora é o agente público investido de poder de decisão que praticou a omissão, ordenou e/ou executou o ato.

Em suma, com o advento do CPC/2015, continuamos a manter a mesma análise já efetuada em nosso trabalho anterior,⁴ sobre a natureza jurídica da relação que a autoridade coatora possui com o Poder Público: verdadeira *representação*. Para entender esse conceito, precisamos nos valer dos ensinamentos de Pontes de Miranda, a seguir transcritos:

“Observe-se que na comparência da parte por um órgão, não se trata de representação, mas de *representação*. O órgão apresenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não do representante... De modo que há a *representação* (de direito material) e a *representação* processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão apresenta, materialmente; e, processualmente também apresenta. As pessoas jurídicas, portanto, as fundações, precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou o sentimento. O órgão da pessoa física – a boca, por exemplo, fá-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo.”⁵

⁴ AURELLI, Arlete Inês. *Juízo de admissibilidade do mandado de segurança*, p. 144.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, p. 240.

Em consequência, verificamos que a autoridade coatora é representante do Poder Público porque quando age em juízo, apresentando informações, o faz enquanto órgão do próprio Poder Público, ou seja, enquanto fragmento, parte, pedaço do Poder Público. Por isso mesmo, a autoridade coatora não é representante no sentido previsto no art. 71 do CPC/2015. O representante apenas integra a capacidade do absolutamente incapaz, de forma que se este vier a juízo sem estar representado por aquele não terá capacidade processual, que é pressuposto processual de validade da relação jurídica processual. No caso do mandado de segurança, não falta ao Poder Público capacidade processual se este vier a juízo, sem estar representado pela autoridade coatora. Aliás, o Poder Público, ainda que a autoridade coatora não compareça, pode apresentar defesa. Não lhe falta capacidade, nem legitimidade para tanto. Na verdade, a nova lei prevê a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público pretender participar do processo. E nessa situação assumira a posição de parte, que nunca deixou de ser. Na verdade, o órgão, ou seja, a autoridade coatora, é que não possui personalidade jurídica própria. Na representação há, essencialmente, duas pessoas jurídicas distintas, uma das quais atua por conta da outra, o que não ocorre no caso do mandado de segurança. O ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; o ato é do ente público e não do funcionário. O fato de a lei prever apenas o pedido de informações e não a apresentação de defesa pelo Poder Público significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo. É justamente por se tratar de garantia constitucional que o legislador ordinário pretendeu simplificar o procedimento da ação de mandado de segurança visando a emprestar maior efetividade ao instituto. Assim, justamente porque a autoridade coatora é apenas órgão do Poder Público, porque é apenas um pedaço, um fragmento do Poder Público, sem personalidade jurídica própria, não pode ser considerada parte no mandado de segurança e nem mesmo litisconsorte do Poder Público. Por essa razão não concordamos com os doutrinadores que entendem que há formação de litisconsórcio passivo necessário entre o Poder Público e a autoridade coatora.

Ora, para que se vislumbre a existência de litisconsórcio ou até mesmo a possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser assistente simples ou litisconsorcial seria preciso considerar a autoridade coatora como parte passiva principal. Entretanto, não há como admitir essa hipótese, já que a autoridade coatora faz parte do Poder Público. A

autoridade coatora não participou da relação de direito material controvertida, em nome próprio, mas apenas como órgão da pessoa jurídica de direito público. O conflito de interesses, caracterizador da lide, dá-se entre o particular e o Poder Público, do qual a autoridade coatora faz parte. As decisões e atos da autoridade, no exercício de suas funções, não são dela próprios, mas sempre da pessoa jurídica de direito público.

Da mesma forma, não há que se falar em substituição processual em função de a autoridade coatora não estar em juízo defendendo em nome próprio um direito alheio. A autoridade coatora faz parte do Poder Público, sendo o próprio Poder Público. Assim, a autoridade coatora está em juízo defendendo direito dela próprio. A autoridade coatora não está legitimada pela lei para ir a juízo, em nome próprio, defender direito alheio; inclusive, a pessoa jurídica de direito público pode participar do processo e apresentar defesa, querendo. No entanto, se escolher não participar do processo, isso não leva a conclusão de que a autoridade coatora será substituta processual, justamente porque a condição desta será sempre a de representante do Poder Público. Então, não podemos caracterizar a autoridade coatora como substituta processual do Poder Público.

Como a autoridade coatora imprimiu sua vontade ao ato deve responder por ele, mas não por si própria, mas sim na qualidade de representante do Poder Público. Por isso pode ser compelida a cumprir a decisão judicial proferida no mandado de segurança sob pena de responsabilidade criminal. Entretanto, é a pessoa jurídica de Direito Público a que se vincula a autoridade coatora que deve responder pelos prejuízos suportados pelo impetrante, já que é ela a parte passiva legítima para a causa. Ademais, é o Poder Público quem responde pelo ônus da sucumbência e eventual litigância de má-fé. No entanto, o Poder Público tem direito à ação regressiva contra o agente que praticou o ato. O Poder Público não só pode como é obrigado a se voltar contra o agente a fim de obter ressarcimento pelos prejuízos que a demanda vier a causar. Embora o CPC/2015 tenha determinado que também a autoridade coatora tem legitimidade para recorrer, manteve o direito de interpor recurso pela pessoa jurídica de direito público.

Dessa forma, a parte passiva legítima para o mandado de segurança será sempre a pessoa jurídica de Direito Público, a qual a autoridade coatora apresenta. A pessoa física não está legitimada a ocupar o polo passivo da relação processual de mandado de segurança. Mesmo nas hipóteses de delegação do Poder Público, a parte passiva sempre será a pessoa jurídica de Direito Público.

Ressalte-se que, em função de o Poder público ser apresentado pela autoridade coatora, esta é citada para a causa, não sendo aquele obrigado a comparecer, inicialmente, ao processo, senão por meio da autoridade coatora. Entretanto, se o Poder Público resolver comparecer para apresentar sua defesa, não deverá, como já asseverado, ser impedido de fazê-lo, não havendo que se falar em ilegitimidade de parte, muito menos em falta de capacidade. Por essa razão, entendemos ser incorretas as decisões judiciais que dão pela ilegitimidade passiva *ad causam* quando o impetrante indica incorretamente a autoridade coatora. Em primeiro lugar porque, às vezes, é muito difícil verificar quem é a correta autoridade coatora, dentre o emaranhado de leis, decretos, portarias, delegações etc. Assim, pequenas falhas, como chamar o gerente administrativo de superintendente, de diretor-geral, não devem ser capazes de causar a extinção do processo. O que importa é que seja possível identificar a autoridade coatora e verificar a competência do juízo para a causa. Ocorre que, às vezes, o erro é mais grave. Entretanto, tendo em vista que a autoridade coatora não é parte, mas sim o Poder Público, não se poderia dizer que a incorreta indicação da autoridade coatora levasse à decretação da ilegitimidade *ad causam*. A autoridade coatora age apenas como representante do Poder Público. O vício existente, então, jamais levaria à hipótese de carência de ação. Na verdade, o que ocorre, nesse caso, é falta de um pressuposto processual, qual seja a *legitimatío ad processum*. Portanto, é caso de ilegitimidade *ad processum*, que, como vimos acima, diz respeito ao agir no processo. A *legitimatío ad processum* é a capacidade de estar em juízo especificamente para determinada lide, ou seja, o processo somente será válido se aquele determinado sujeito estiver em juízo agindo. Somente ele tem capacidade de agir em juízo e não outro. Portanto, diferentemente da legitimidade *ad causam*, a *legitimatío ad processum* não se refere à titularidade da relação jurídica de direito material que está sendo discutida em juízo. E se é assim, conclui-se que também são absolutamente equivocados os julgados que decretam a ilegitimidade *ad causam* quando o impetrante indica a própria pessoa jurídica de direito público, e não a autoridade coatora, no polo passivo da ação de mandado de segurança. Nesse caso, haveria ilegitimidade *ad processum* e não *ad causam*. Podemos dizer que há defeito nessa representação, o que torna o processo inválido, por falta de pressuposto processual, o que levaria à extinção do mesmo, sem julgamento do mérito.

2.1. Correção do polo passivo no mandado de segurança

Por outro lado, independentemente do entendimento que se tenha a respeito de quem seria parte no mandado de segurança, é perfeitamente possível a utilização, nessa forma de tutela, da técnica para correção da legitimidade passiva trazida pelos arts. 338 e 339 do CPC/2015. Uma tal técnica é muito bem-vinda e totalmente adequada à finalidade do mandado de segurança, que é a de simplificar o procedimento, tencionando alcançar o máximo possível a satisfação do direito. Nada mais natural que se permita, por economia processual e para garantir a efetividade da tutela, privilegiando o direito material, que se traga para o processo àquele sujeito que é titular da relação de direito material discutida em juízo e contra quem a ação deveria ser movida, ou seja, busca-se a pertinência subjetiva da ação no polo passivo. Assim, pensamos que uma tal técnica pode e deve ser usada para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica de direito público, no mandado de segurança, uma vez que não vislumbramos qualquer impedimento do uso de técnica simplificadora e orientada a correção de vícios nesse tipo de tutela diferenciada, que, por sua própria natureza deve ser ter procedimento simplificado e cognição sumária. Ressalte-se que foi proferido, nesse sentido, os Enunciados 42⁶ e 511⁷ do FPPC.

Ainda que não se considere a autoridade coatora como parte no mandado de segurança, mas apenas presentante do Poder Público, ainda assim, por uma interpretação analógica e sistemática, tomando por base e justificativa a dificuldade que se tem em verificar quem é a correta autoridade coatora dentro do emaranhado de cargos existentes na administração pública, pensamos ser extremamente necessária a aplicação de tal técnica com vistas à efetividade da tutela no mandado de segurança.

E com muito mais razão, é possível utilizar a mesma técnica também para correção da pessoa jurídica de direito público. Nesse caso, estaríamos frente a um verdadeiro caso de sucessão processual, em que o réu sairá do processo, deixando de

⁶ ENUNCIADO 42 DO III FPPC – RIO: “O dispositivo se aplica mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo.”

⁷ ENUNCIADO 511 FPPC – CURITIBA (art. 338, *caput*; art. 339; Lei 12.016/2009): “A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança.”

ocupar o polo passivo, sendo substituído por aquele que vier a ser indicado pelo próprio réu e aceito pelo autor. É técnica que rende ensejo ao princípio da primazia do mérito, que beneficia ambas as partes. O autor porque tem a oportunidade de sanar o vício constituído pela falta de condição da ação e o Poder Público porque a pessoa jurídica incorreta será excluída do polo passivo, trazendo àquela que deve responder, de fato, pela violação do direito líquido e certo. Quanto à correção da autoridade coatora, ainda que se entenda que a mesma não seria parte, também não vislumbramos prejuízo para a administração, a qual, sabe quem seria o responsável pela prática do ato e evitaria que uma autoridade que não tem essa responsabilidade tivesse que vir a juízo prestar informações. E para o processo, a vantagem é enorme porque toda a atividade desenvolvida até aquele momento será aproveitada. É uma vitória para o princípio da economia processual. No lugar de extinguir o *mandamus* e obrigar o autor a nova impetração, aproveita-se a atividade processual já realizada e resolve-se a crise existente no plano material. Não há sentido em impedir que o processo chegue exatamente ao ponto em que se encontra, no momento em que oportuniza a correção da legitimidade passiva, se não há qualquer prejuízo para as partes, nem para a autoridade coatora. Todos têm a ganhar com essa benéfica mudança. Um ponto crítico que poderia ser levantado seria o de que o art. 339 prevê que o réu que não indica o polo passivo correto, quando tem ciência disso, responderia pelos prejuízos causados ao autor. Assim, a questão que surge é a de saber se seria a autoridade coatora ou o Poder Público quem deveria assumir tal responsabilidade. Tendo em vista que, em nosso entendimento, a autoridade coatora não é parte, mas apenas e tão somente representante do Poder Público, já que faz parte do órgão, como o coração pertence ao corpo humano, ou seja, trata-se do próprio Poder Público, pensamos que não deveria ela responder pelos prejuízos causados ao impetrante, na hipótese de não indicação da correta autoridade coatora, mas sim a pessoa jurídica de direito Público é quem deveria responder. Na verdade, a falta de indicação da autoridade coatora correta seria uma omissão praticada pelo Poder Público, e, portanto, trata-se de responsabilidade subjetiva, que deve ser provada pelo impetrante. Assim, caso impetrante consiga provar que houve omissão do Poder público, este deve arcar com as despesas processuais e de indenizar o impetrante pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação correta da autoridade coatora e da pessoa jurídica. Nesse sentido, o Enunciado 44 do FPPC determina: “A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva.”

Não deve ser considerado impedimento para a aplicação de tal técnica o fato de a correção da pessoa jurídica de direito público ou da autoridade coatora também causar a alteração de competência absoluta. Isto porque o objetivo do CPC/2015 é o saneamento de vícios de todos os tipos, inclusive, da competência absoluta. Ora, bastaria encaminhar o processo ao juízo competente absolutamente, não havendo que se vislumbrar qualquer impedimento nesse aspecto.

Por outro lado, não se diga que essa técnica de correção de legitimidade passiva ficaria obstaculizada no mandado de segurança ante a existência da teoria da encampação. Isto porque, essa técnica nos parece bem mais ampla e efetiva que a teoria da encampação. De fato, encampação é o ingresso da autoridade coatora correta ou da pessoa jurídica a que ela pertença no feito para suprimir o vício e, em decorrência permite o julgamento do mandado de segurança. Nesse caso, deve o juiz determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito, apesar da autoridade coatora ser incorreta.

Para a aplicação de tal teoria exige-se o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam: (a) entre encampante e encampado ocorra vínculo hierárquico; (b) que o ingresso do encampante não modifique a competência para o julgamento do mandado de segurança; (c) as informações prestadas pela autoridade encampada tenham esclarecido a questão. A técnica dos arts. 338 e 339 não exige o cumprimento de tais requisitos, além de se aplicar a todas as formas de tutela, sendo expediente mais amplo e eficiente.

3. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMO CONDIÇÃO ESPECÍFICA PARA A AÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O próprio texto constitucional, no art. 5º, LXIX, nos dá os requisitos constitucionais do mandado de segurança, os quais são repetidos pelo art. 1º da Lei 12.016/2009, quais sejam: a existência de violação, ou ameaça de violação, de “direito líquido e certo”, bem como que esse direito não seja passível de ser amparado por *habeas corpus* e *habeas data* e que o ato de autoridade tenha sido praticado com ilegalidade e abuso de poder. Assim, para o mandado de segurança, além das condições gerais impostas para o cabimento de qualquer ação, há que estar presente uma condição específica, qual seja, a existência de direito líquido e certo.

Mas, o questionamento⁸ que surge constitui-se em saber se *direito líquido e certo* significa que o *direito* que se quer proteger é incontestável, não admitindo qualquer impugnação, ou apenas que deve haver prova documental capaz de provar, de antemão, os *atos* embaixadores do direito. A falta de direito líquido e certo faria com que fosse proferida decisão de mérito, julgando improcedente o pedido do impetrante, ou apenas caracterizaria a carência do direito de ação do mandado de segurança, permanecendo intacto o direito material, que poderia ser, inclusive, objeto de ação própria?

O entendimento que prevaleceu na doutrina e que nos parece ser o acertado é o de que o conceito de direito líquido e certo está efetivamente ligado à necessidade de comprovação de plano, através de prova pré-constituída, juntada com a petição inicial, do direito pleiteado no mandado de segurança.

A dificuldade em se obter consenso quanto ao significado da expressão direito líquido e certo advém do fato de este ser tanto requisito para admissibilidade como para concessão da segurança. De fato, a cognição do juiz, no mandado de segurança, recai sobre as mesmas provas que serão analisadas para verificar tanto a admissibilidade como a procedência da ação. Mas é evidente que a expressão direito líquido e certo tem sentidos diferentes, conforme o ângulo de análise, pois, caso contrário, haveria sobreposição entre admissibilidade e mérito, o que não se poderia admitir.

De fato, a análise do direito líquido e certo se prende a três planos de cognição judicial. A primeira ocorre quando do recebimento da inicial do mandado de segurança, pelo juiz, ocasião em que este fará exame dos requisitos de admissibilidade da ação. Veja-se que isso não quer dizer que o juiz não possa, em momentos posteriores, examinar tais

⁸ Enquanto Alfredo Buzaid ligava o conceito de direito líquido e certo à ideia de incontestabilidade (vide *Do mandado de segurança*, pp. 88 e 89), outros juristas passaram a entender que o conceito de direito líquido e certo tinha natureza estritamente processual, caracterizando-se pela possibilidade da comprovação documental, de plano, dos fatos narrados na inicial do mandado de segurança. Nesse sentido, Celso Agrícola Barbi afirma que “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 se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isso normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.” (*Do mandado de segurança*, p. 61). Barbosa Moreira, José Carlos, por sua vez, afirma que “para fins de mandado de segurança, para a feição do cabimento desse remédio, trata-se de saber se os fatos, ou o fato de que se originou o alegado direito, comportam, ou não, a demonstração mediante apresentação apenas da prova documental pré-constituída. É esse o sentido último, é esse o resultado final a que se chega quando se analisa a exigência de que exista um direito líquido e certo. A exigência é, na verdade, um fato de que se afirma ter nascido esse direito, seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído.” (*Mandado de segurança, uma apresentação*, p. 81).

requisitos. Apenas estabelecemos esse momento porque é a ordem natural em que o juiz realiza o juízo de admissibilidade. Nesse plano de análise, o conceito de direito líquido e certo deve ser visto sob a ótica processual, sendo, pois, aquele que pode ser comprovado de plano, por meio de prova pré-constituída. Veja-se que isso não significa que o direito seja incontestável, pois, se o fosse, a utilidade do mandado de segurança ficaria consideravelmente reduzida, eis que a simples discussão sobre a existência do alegado direito, pela autoridade coatora, nas informações, com argumentos que não fossem totalmente vazios de sentido, faria com que já não se pudesse falar em direito líquido e certo. Portanto, direito líquido e certo, nesse ângulo de análise, significa não direito incontestável, direito que não mais pode estar sujeito à impugnação, mas, sim, que a prova do fato embasador do direito não pode exigir dilação probatória, mas deve ser feita de plano, por meio de prova documental pré-constituída, juntada à inicial do mandado de segurança. Assim, a ação de mandado de segurança é cabível quando essa prova existe.

Além disso, no mandado de segurança, tanto tradicional como coletivo, além das condições gerais impostas para o cabimento de qualquer ação, há que estar presente uma condição específica, qual seja, a existência de direito líquido e certo.

O próprio texto constitucional, no art. 5º, LXIX, nos dá os requisitos constitucionais do mandado de segurança, os quais são repetidos pelo art. 1º da Lei 12.016/2009: a existência de violação, ou ameaça de violação, de “direito líquido e certo”, bem como que esse direito não seja passível de ser amparado por *habeas corpus* e *habeas data* e que o ato de autoridade tenha sido praticado com ilegalidade e abuso de poder.

A dificuldade em se obter consenso quanto ao significado da expressão direito líquido e certo advém do fato de este ser tanto requisito para admissibilidade como para concessão da segurança. De fato, a cognição do juiz, no mandado de segurança, recai sobre as mesmas provas que serão analisadas para verificar tanto a admissibilidade como a procedência da ação. Mas é evidente que a expressão ‘direito líquido e certo’ tem sentidos diferentes, conforme o ângulo de análise.

Quanto à admissibilidade, há direito líquido e certo se o impetrante foi capaz de comprovar de plano, por meio de prova documental, na inicial, o direito que quer proteger. Assim, se o impetrante possui essa prova, também terá o direito líquido e certo capaz de possibilitar a admissão do mandado de segurança. Somente se essa prova estiver

presente, é que o julgador poderá passar ao exame do mérito, analisando se o direito, que foi comprovado de plano, realmente existe ou não.

Pode ser que o fato tenha sido comprovado pelo impetrante, pela prova documental juntada, mas essa prova venha apenas demonstrar que o impetrante não tinha o direito alegado. Portanto, os exames do direito líquido e certo, quanto à admissibilidade e mérito, são distintos.

Pois bem, quanto à admissibilidade, o magistrado verifica se a parte fez a juntada dos documentos necessários, cumprindo a condição específica para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, ou seja, o juiz analisa a existência dessa condição específica para a ação. Entretanto, nesse momento o juízo é de mera probabilidade. O juiz não certifica a existência do direito líquido e certo, o que somente será feito no final do processo.

O magistrado baseia-se na mera aparência da existência do direito, que são demonstradas por meio da prova documental colhida. Com base nelas, o juiz sofre forte inclinação a entender que existe o direito, mas, de forma alguma, realiza juízo de certeza, pois do contrário eliminaríamos o contraditório do mandado de segurança.

O segundo plano de análise se dá quando do deferimento da liminar na ação de mandado de segurança. Embora, muitas vezes, o momento cronológico em que ocorre a apreciação judicial quanto à admissibilidade da ação coincida com aquele reservado à análise da concessão da liminar, verifica-se que a cognição judicial é distinta. Entretanto, o sentido de direito líquido e certo para fins de admissibilidade da ação, como para fins de concessão da liminar, é praticamente o mesmo. Em ambos os casos, o conceito é estritamente processual e desvinculado do exame de mérito.

Em conclusão, é fácil perceber que o cabimento resulta do direito processual, já que ligado à questão da existência de determinado tipo de prova. Ainda que a existência do direito líquido e certo também seja fundamento para a concessão da segurança, já que, se está presente a certeza do direito, o pedido formulado pelo impetrante será procedente, não há como dissociá-lo do direito processual, porque o que se pede, para a ação ter cabimento, é um determinado tipo de prova. Ora, o direito do impetrante até poderia existir, mas se a sua comprovação somente for possível por meio de outros tipos de prova, como a testemunhal, a pericial etc., será carecedor da segurança pleiteada, devendo ser decretada a extinção do processo sem julgamento do mérito. Ao impetrante, no entanto, sempre haverá a possibilidade de procurar as vias ordinárias para fazer valer o seu direito.

Enfim, direito líquido e certo, sob esse ângulo, significa aquele dependente apenas de prova documental pré-constituída. É preciso que seja assim para dar efetividade ao instituto do mandado de segurança. Sim, porque para que a garantia constitucional possa ser efetiva é necessário um processo rápido, célere, o que somente se conseguirá eliminando-se a fase probatória. É nesse sentido processual que a maioria de nossos doutrinadores tem entendido o conceito de direito líquido e certo.⁹

Resumindo o quanto se disse, o requisito do direito líquido e certo não significa que o direito seja incontestável, mas apenas direito que é passível de ser comprovado documentalmente e de plano. Ora, se o direito líquido e certo tivesse o significado de ser incontestável, estaria relacionado somente ao mérito do *writ*, já que nesse caso o mandado de segurança teria que, necessariamente, ser julgado procedente. Entretanto, sabemos que no final do processo pode-se declarar a certeza do direito, mesmo tendo sido ele passível de contestação.

Na verdade, sob esse ângulo de análise, direito líquido e certo deve ser entendido como aquele passível de ser comprovado, de plano, por prova documental, pelo que, nesse momento lógico, esse requisito se encaixa perfeitamente entre as condições de admissibilidade da ação, não se confundindo com o mérito. Ora, o direito pode ser líquido e certo porque os fatos foram comprovados documentalmente, mas o pedido ser improcedente porque não havia o direito. Seria o caso, por exemplo, de determinado indivíduo, participante de um concurso público, impetrar mandado de segurança visando a garantir sua classificação, sob a argumentação de que havia sido excluído imotivadamente, mas não juntar qualquer documento que comprovasse a realização do certame e as condições impostas para a habilitação, como o edital, por exemplo, bem como os documentos que comprovariam o cumprimento das exigências do edital. No

⁹ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira adverte que o mandado de segurança exige processo segundo rito rápido, expedito, célere, que permita uma proteção segura e que não tarde a ser dispensada. Por essa razão é necessário excluir do processo de mandado de segurança as diligências probatórias. Diz ele: “À medida que tivéssemos de mandar realizar perícia, por exemplo, ou ouvir testemunhas, então evidentemente o procedimento se tornaria mais complexo e, por conseguinte, mais demorado. O que se quer é uma proteção imediata, fulminante, se possível; mas, para isso temos de limitar o campo da admissibilidade das provas. Não há outra maneira de conciliar esses objetivos. Temos, portanto, de restringir, no processo de mandado de segurança, toda a atividade probatória ao exame de documentos, e de documentos pré-constituídos. Eis aí, afinal, a que se reduz, no consenso hoje da doutrina e da jurisprudência, esta expressão, à primeira vista um pouco enigmática: ‘direito líquido e certo’” (*Mandado de segurança, uma apresentação*, p. 81).

caso, o interessado poderia até ter o direito pleiteado, mas se não o comprovou de plano, não possui condição específica para a ação de mandado de segurança. Nesse momento lógico do juízo de admissibilidade da ação de mandado de segurança, portanto, a exigência de haver direito líquido e certo é condição para que a ação seja possível e não para que seja julgada procedente. Pode-se dizer, inclusive, que o requisito da existência do direito líquido e certo é uma decorrência do interesse processual, que é uma das condições da ação.

De fato, a exigência da prova documental pré-constituída como condição da ação implica a restrição do interesse de agir. Isso porque a ação do mandado de segurança somente será útil se houver a existência de referido tipo de prova. Assim, somente se existir prova documental pré-constituída é que a via processual escolhida, qual seja, a ação do mandado de segurança, será adequada. Se o impetrante não possuir referida prova, deverá optar pela via de tutela de procedimento comum, na qual poderá realizar as provas necessárias. O mandado de segurança não comporta dilação probatória. É por isso que a via processual não será adequada se a parte tiver necessidade de produzir provas.

O terceiro plano de cognição é o da apreciação do mérito.

No mérito, o juiz voltará a apreciar o conteúdo da inicial, mas o fará levando em conta o teor das informações apresentadas pela autoridade coatora. Nesse momento, voltará a analisar as provas produzidas e constatará se as mesmas levam, ou não, a existência do direito pleiteado. Fará juízo de certeza e não mais de verossimilhança das alegações.

A cognição será plena e exauriente. É plena quanto à extensão do debate das partes e completa quanto à profundidade da cognição judicial. O juiz voltará a analisar a presença do requisito do direito líquido e certo, não mais para verificar apenas se a prova foi produzida ou não pelo interessado, mas para realizar juízo definitivo de certeza do próprio direito pleiteado e que está comprovado por meio dos documentos. Apenas a cognição recai sobre as mesmas provas. Portanto, a cognição do juiz, quando julga o mérito, não é a mesma que assume no momento em que aprecia a admissibilidade da ação, ou em que aprecia a possibilidade de concessão da liminar.

Pois bem, quanto à admissibilidade, o magistrado verifica se a parte fez a juntada dos documentos necessários, cumprindo a condição específica para a efetiva prestação da tutela jurisdicional, ou seja, o juiz analisa a existência dessa condição específica para a

ação. Entretanto, nesse momento o juízo é de mera probabilidade. O juiz não certifica a existência do direito líquido e certo, o que somente será feito no final do processo. O magistrado baseia-se na mera aparência da existência do direito, que são demonstradas por meio da prova documental colhida. Com base nelas, o juiz sofre forte inclinação a entender que existe o direito, mas, de forma alguma, realiza juízo de certeza, pois do contrário eliminaríamos o contraditório do mandado de segurança.

Fica claro, então, que o sentido da expressão direito líquido e certo é distinto conforme se refira à categoria da admissibilidade ou ao mérito. Quando o órgão julgador constata a falta de direito líquido e certo no momento em que recebe a inicial para análise de seu deferimento, ou não, deverá afastar a admissibilidade da ação por meio de sentença julgando o autor carecedor da segurança, por falta de condição da ação. De fato, se a constatação da falta de direito líquido e certo se deu *prima facie*, devido à não juntada de documentos pelo impetrante, o juiz deverá julgar o impetrante carecedor da ação, por falta de condição da ação. A questão se situa, pois, no plano da admissibilidade. Se a prova tiver sido realizada pelo impetrante, mas o magistrado entender que a pretensão improcede, que o alegado direito não existe, deverá denegar a segurança pleiteada, julgando a questão pelo mérito.

A distinção entre os sentidos da expressão direito líquido e certo é relevante, pois, para pontificar se houve ou não julgamento de mérito da ação de mandado de segurança. E a relevância se constata pelo teor da Súmula 304 do STF, que reza: “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante não impede o uso da ação própria.”

Ora, a coisa julgada material somente ocorre com o julgamento de mérito. Portanto, se o juiz não aprecia o mérito, mas apenas deixa de admitir a ação por falta de pressupostos processuais, condições da ação, entre elas, a falta de comprovação, de plano, do direito alegado, é certo que a decisão não será capaz de produzir coisa julgada material, ainda que o juiz utilize o termo *denegação da segurança*. Assim, o importante é verificar o teor da decisão. A coisa julgada material pode resultar da sentença concessiva ou denegatória da segurança, desde que o mérito tenha sido apreciado, mediante cognição exauriente e declaração de existência ou inexistência do direito pleiteado. Dessa forma, pouco importa se a sentença do mandado de segurança julgou a ação procedente ou improcedente, a coisa julgada se formará em ambos os casos. Entretanto, não haverá

formação de coisa julgada material se o processo tiver sido extinto sem julgamento do mérito, tenha o julgador utilizado, ou não, o termo denegação da segurança.

Ainda sobre o direito líquido e certo, deve ser ressaltado que a Lei 12.016/2009, em seu art. 6º, prevê a possibilidade de o mandado de segurança ser admitido sem que todos os documentos estejam juntados na inicial. Essa permissão haverá quando o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimentos públicos, ou em poder de autoridade que esteja se recusando a fornecê-lo por certidão.

O § 1º do referido art. 6º da Lei 12.016/2009 determina que no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

É, pois, uma espécie de exibição de documento, podendo, nesse procedimento, ser aplicadas as normas dos arts. 396 a 404 do CPC/2015.

4. LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

A liminar concedida no mandado de segurança caracteriza-se como tutela provisória de urgência, a qual pode ter tanto natureza antecipatória do direito pleiteado como cautelar. A dúvida que surge consiste em saber se uma tal liminar deve seguir os requisitos impostos pelo capítulo das tutelas provisórias do código de processo civil. Parece que não! É fato que o legislador exige requisitos e procedimento específicos para a concessão desse tipo de liminar, os quais diferem do regramento das tutelas provisórias previstas no CPC/2015. Tanto é assim que a mesma liminar também pode ser caracterizada como tutela da evidência, firme na exigência de que exista prova pré-constituída do direito pleiteado pelo impetrante.

De fato, o art. 7º da Lei 12.016/2009, exige para a concessão da liminar no mandado de segurança, os seguintes requisitos: fundamento relevante – direito líquido e certo; perigo de ineficácia da medida – *periculum in mora*; prestação de caução, fiança, depósito.

Conforme o inciso II do art. 7º da Lei 12.016/2009, exige-se, para a concessão da liminar no mandado de segurança, que estejam presentes o ‘relevante fundamento’ e o ‘risco de ineficácia da medida’.

O relevante fundamento não se equipara ao mero *fumus boni iuris*. De fato, para a concessão da liminar em mandado de segurança não basta a mera probabilidade, a mera aparência de direito. Justamente em função da exigência de a impetração do *mandamus* ser admitida somente se estiver presente o direito líquido e certo, é preciso mais que mero *fumus*. Os fatos já estão certos. O juiz, então, perquire sobre a viabilidade aparente de que os fatos narrados possam acarretar a consequência pedida ao final da ação. Em função da exigência inafastável de estar presente o direito líquido e certo, ou seja, a indispensável comprovação de plano, o julgador, para conceder a liminar, não poderá se contentar com o mero *fumus boni iuris*, mas sim deverá constatar a efetiva probabilidade de que o direito que o impetrante alega e prova possa, de fato, existir.

Por outro lado, o impetrante, para a concessão da liminar, deve demonstrar que há risco de dano que poderá tornar a medida ineficaz quando de sua concessão. Esse requisito equipara-se ao *periculum in mora*. Assim, a liminar somente poderá ser concedida se a prova for inequívoca e constatar a verossimilhança da alegação.

A simples concessão da liminar não obriga o magistrado a conceder a segurança a final. O juiz pode entender, no final do processo, que, apesar de estarem presentes os requisitos da concessão da liminar, e ainda que o impetrante tenha produzido a prova documental, de plano, não tinha ele o direito pleiteado. Portanto, o julgamento da viabilidade da concessão da liminar no mandado de segurança é totalmente desvinculado do mérito.

Veja-se, pois, que a lei de regência exige requisitos específicos para a concessão da liminar do mandado de segurança, sendo que o procedimento para deferimento e efetivação não seguem o quanto determinado no art. 294 e seguintes do CPC/2015. No meu modo de ver não há que se falar em tutela antecipada antecedente em relação ao mandado de segurança, por exemplo.

É que a Lei 12.016/2009 traça procedimento específico a ser seguido quando da concessão da liminar, como se verifica do teor do art. 9º da Lei 12.016/2009 determina que as autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao

Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

O art. 15 da Lei 12.016/2009 determina que quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

O CPC/2015 não afeta tal normatização, que, embora preveja instituto de constitucionalidade duvidosa, continuará a ser francamente utilizado. Mas, frise-se que a recorribilidade da decisão referente à suspensão de segurança caberá apenas para decisões que concedem o pedido de segurança. Veja-se que o agravo cabível nessa hipótese deverá ser interposto no prazo de 5 dias e não os 15 dias previstos para os agravos em geral. Se for negado o pedido de segurança, conforme § 1º do art. 15 da Lei 12.016/2009 caberá novo pedido de segurança. O mesmo instituto (suspensão de segurança) caberá contra o acórdão que venha negar provimento a agravo interposto pela administração contra a liminar deferida no mandado de segurança

É possível a aplicação do art. 311 do CPC/2015, que trata das tutelas de evidência, na ação de mandado de segurança. De fato, se não houver urgência, a parte poderá demonstrando a evidência, com base no inciso II, requerer a tutela provisória.

Ressalte-se, por fim, que a previsão (inconstitucional?) da Lei 12.016/2009 foi confirmada pelo art. 1.059 do CPC/2015 no sentido que não será concedida a liminar quando tiver por objeto:

- compensação de créditos tributários;
- entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;
- reclassificação ou equiparação de servidores públicos;
- concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamentos.

É importante ressaltar também que a liminar no mandado de segurança causa prioridade para o julgamento, conforme art. 7º, § 4º, da Lei 12.016/2009, mas é evidente que deve ser observada a ordem cronológica estabelecida pelo artigo 12, VII, do NCPC. No entanto, na lista de prioridades prevista no art. 12 do CPC/2015 deve ser incluído, obviamente, o mandado de segurança.

Por fim, para a execução provisória da liminar pode-se utilizar o mesmo regramento previsto no CPC/2015 para o cumprimento provisório, por força do disposto no art. 519 do CPC/2015.

5. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

O art. 23 da Lei 12.016/2009 determina que o direito de impetrar mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Uma dúvida seria se esse prazo deveria ser contado em dias úteis ou não, por força da previsão constante do art. 219 do CPC/2015 de que somente os prazos processuais serão contados em dias úteis. Para responder tal indagação precisaríamos averiguar se se trata de prazo processual ou material. Em nosso sentir, por se tratar de prazo de decadência, não se trata de prazo processual, mas sim material. Assim, o prazo para impetração deverá ser contado em dias corridos, já que de prazo processual não se trata.¹⁰ Ressalte-se, ainda, que o art. 6º, § 6º, determina que o pedido de concessão da segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

6. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

O pedido de suspensão de segurança, previsto no art. 15 Lei 12.016/2009 bem como nas Leis 8.437/1992 e 7.347/1985, é um instrumento de proteção do interesse público, diante da concessão de um provimento jurisdicional que cause grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, por meio do qual a pessoa jurídica de

¹⁰ Nesse sentido, a opinião de Arnaldo Wald (*Lei do mandado de segurança (Lei 12.016 de 7.8.2009) e o novo CPC*).

direito público ou o Ministério Público requerem ao presidente do Tribunal competente a suspensão da execução da decisão, sentença ou acórdão proferido. Assim, quando há uma decisão que seja desfavorável à Fazenda Pública, em determinados casos previstos em lei, pode a pessoa jurídica em questão entrar com um pedido para sustar os efeitos de tal decisão, nos casos que seja imprescindível utilizar alguma medida de urgência. É importante ressaltar que a decisão que concede essa suspensão tem um efeito anômalo, não visto em outros procedimentos, pois poderá ser extensível para outros processos que tenham causa de pedir semelhante. Trata-se do chamado “efeito multiplicador” desse tipo de decisão.

É requerida pelo MP ou pessoa jurídica de direito público, que serão comunicados pela autoridade coatora em 48 horas (art. 9 da Lei 12.016/2009). Deve ser dirigida ao Presidente do Tribunal responsável por apreciar recurso.

Da decisão que suspender o ato, caberá agravo, no prazo de 15 dias, conforme o art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 1.070 CPC/2015.

O § 1º do art. 15 determina que, no caso de ser indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo interposto contra a decisão que a deferir, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. Já o § 2º determina ser cabível também o pedido de suspensão quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere o art. 15 da Lei 12.016/2009.

É importante ressaltar que a decisão inicial não é modificada pela suspensão de segurança, ou seja, não há um *jus reformandi* da decisão. Na verdade, ocorre um fenômeno de suspensão da eficácia por tempo indeterminado para evitar prejuízo ao interesse público. No entanto, a decisão continua inalterada, mas os efeitos são cessados por decisão do presidente do tribunal que julgaria o recurso cabível outrora.

REFERÊNCIAS

AURELLI, Arlete Inês. *Juízo de admissibilidade do mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de Segurança, uma apresentação. *Mandado de segurança*. Aroldo Plínio Gonçalves (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. Volume 1.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. Volume 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018. Volume 1.

WALD, Arnoldo. Lei do mandado de segurança (Lei 12.016 de 7.8.2009) e o novo CPC. *Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.