

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BELÉM – PA**

**PROCESSO CIVIL**

**LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES**

**VALTER MOURA DO CARMO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Luiz Geraldo do Carmo Gomes; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-865-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## PROCESSO CIVIL

---

### **Apresentação**

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho em Processo Civil durante o XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Belém-PA, no mês de novembro de 2019 sob o tema geral: “Direito, desenvolvimento e políticas públicas: Amazônia do século XXI”, guardam entre si uma importante contribuição para a pesquisa jurídica brasileira ao analisar importantes pontos e impactos do Código de Processo Civil de 2015 no Judiciário e na doutrina.

As discussões no interior do grupo são fruto de uma continuidade positiva, considerando os temas e a profundidade observados, sendo analisados trabalhos de temas bastante abrangentes.

O grupo de trabalho teve início com a apresentação do texto “A aplicação dos nudges na preservação do livre arbítrio em audiências judiciais de conciliação e mediação” que analisa os institutos da conciliação e mediação judicial, com foco no nudge, que é instituto da economia comportamental.

Tivemos a apresentação ainda do texto sobre “Implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público para tutela de direitos fundamentais”, o texto aborda a proposição de procedimentos para criação ou execução de política pública pela via jurisdicional não é mais suficiente à efetiva tutela de direitos fundamentais.

Outros trabalhos apresentados foram “A duração razoável do processo judicial no ordenamento jurídico da argentina e do brasil: a responsabilidade civil do estado”, “A legitimidade dos partidos políticos nas ações coletivas”, “A sentença do art. 924, inc. II do CPC e a posição do STJ”, “Da aplicabilidade do mandamus no território de pindora”, “A suspensão de segurança e a separação de poderes: problemas e algumas propostas de solução” e “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais como limite ao negocio jurídico processual” que versam sobre temas controvertidos do processo civil e a realidade jurídica.

Ainda dada a relevância dos temas, tivemos a apresentação dos seguintes artigos em relação ao Novo Ordenamento Processual Civil Brasileiro: “O entendimento jurisprudencial do agravo de instrumento”, “Tomada de decisão apoiada: autodeterminação e dignidade da pessoa com deficiência”, “O incidente de resolução de demandas repetitivas no Tribunal de

Justiça do Estado do Pará”, “Ação de exigir contas em relações bancárias: uma análise de caso referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo”, “A produção antecipada de provas na pendência de procedimento arbitral à luz do Novo Código de Processo Civil” e “O uso do precedente estrangeiro pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões relativas ao aborto”, temas esses que vão da análise regional ao nacional e internacional.

Os temas mais controversos também foram objeto de discussão e análise nesse grupo, que vão de artigos como: “Os princípios no estado democrático e o código de processo civil à luz da hermenêutica constitucional” e “Os meios de controle do precedente judicial nos moldes do CPC/2015”.

Por fim, tivemos a apresentação de artigo “Os recursos e a jurisprudência defensiva no novel código de processo civil: uma análise à luz do princípio da primazia da decisão de mérito” que buscou demonstrar que a adoção dessa jurisprudência pelo STJ tem caráter meramente utilitarista, violando efetivo acesso à justiça.

Aos nossos leitores, desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT de Processo Civil.

Com os mais sinceros abraços.

Belém/PA, novembro de 2019.

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes - UL

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**DA APLICABILIDADE DO MANDAMUS NO TERRITÓRIO DE PINDORA**  
**THE APPLICABILITY OF MANDAMUS IN THE PINDORAMA TERRITORY**

**Anne Harlle Lima Da Silva Moraes**  
**Francislaine De Almeida Coimbra Strasser**

**Resumo**

Pretende-se, com o presente artigo, abordar o mandado de segurança como verdadeiro instrumento contra práticas ou omissões ilegais do Estado, chamando a atenção para os aspectos polêmicos trazidos por essa ação, especialmente no que toca a regulamentação da Lei nº 12.016/2009, que fracassou ao não dialogar com o microsistema de tutela coletiva, remetendo a uma involução, como se o Brasil continuasse a ser Pindorama. Ressaltou-se sobre o papel dos operadores do direito em buscar a atividade interpretativa não na vontade da lei ou do legislador, mas sim em estar em sintonia com a realidade e com os direitos fundamentais pátrios.

**Palavras-chave:** Mandado de segurança individual e coletivo, Instrumento, Lei nº 12.016/2009, Direitos fundamentais, Efetividade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The aim of this article is to discuss the writ of mandamus as a real instrument against illegal practices or omissions of the State, drawing attention to the controversial aspects brought by this action, especially regarding the regulation of law 12.016/2009, which failed to dialogue with the micro-system of collective tutelage, referring to an involution, as if Brazil remained Pindorama. It was emphasized the role of legal operators in seeking the interpretive activity not in the will of the law or the legislator, but in being in tune with the reality and with the fundamental rights already enshrined.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Individual and collective security mandate, Instrument, Law n. 12.016/2009, Fundamental rights, Effectiveness

## **Introdução**

Como o acesso à justiça, a partir dos conflitos que devem ser solucionados pelo direito, sempre foi preocupação constante do processualista, o tema acerca da efetivação desse acesso merece atenção pelo operador do direito.

A partir da constatação de que o mandado de segurança é instrumento contra práticas ou omissões ilegais do Estado, pela violação de um fato líquido e certo, consubstanciado por uma prova pré-constituída, foi feita uma análise dos principais avanços e dos retrocessos trazidos pela Lei nº 12.016/2009.

Dentre os retrocessos, enfocou-se que a *novel* legislação não dialogou com o microsistema da tutela coletiva ao disciplinar, nos arts. 21 e 22, que o titular do direito individual ou coletivo que pretenda aproveitar-se dos efeitos da sentença no mandado de segurança deve desistir da ação de segurança ajuizada individualmente, transmitindo um retrocesso, como se o Brasil ainda fosse terra de Pindorama (Brasil, antes de Cabral), pois foi evidente que o legislador poderia ter avançado se tivesse positivado entendimentos doutrinários e jurisprudenciais pacificados, como o citado, já que o mandado de segurança individual não terá condições de ser reproposto. A ação coletiva acabará absorvendo os mandados de segurança individuais e impedindo a repositura do pedido em caso de improcedência do mandado de segurança coletivo

Para a mudança desse paradigma, faz-se necessário pensar no ordenamento jurídico como um todo, a partir da Constituição Federal de 1988, com a sua força matriz, pela dignidade da pessoa humana, para que sejam incorporadas algumas técnicas omissas na legislação especial do mandado de segurança, em face do que traz o Código de Processo Civil, pelo princípio da cooperação entre as partes, sem desnaturar o instituto de ser tutela jurídica processual diferenciada.

## **2 Origem do *mandamus* individual e coletivo**

Antes de definir a origem do instituto, é imperioso enfocar as necessidades sociais que o direito procura satisfazer.

Cada pessoa tem uma grande quantidade de desejos que busca satisfazer. Os desejos, os interesses de cada um, entram em confronto com os desejos de seus semelhantes. E como a satisfação de todos os interesses não é possível, passa a ser campo fértil para a competição entre homens, ocasionando os conflitos.

Os conflitos podem ser solucionados pela força, pelo vigor muscular, pelas armas ou de forma objetiva, em que se prestam as normas jurídicas objetivadas. Para resolver os conflitos de interesses entre os indivíduos ou entre os grupos, o direito positivo age da seguinte maneira, conforme Siches (1968):

[...] classifica os interesses opostos em duas categorias, interesses que merecem proteção, dos interesses que não merecem proteção. Estabelece uma espécie de tabela hierárquica, na qual determina quais os interesses que devem ter prioridade ou preferência sobre outros e os esquemas de possível harmonização ou compromissos entre interesses parcialmente opostos. Define os limites dentro dos quais esses interesses devem ser reconhecidos e protegidos, mediante preceitos jurídicos que sejam convenientemente aplicados pela autoridade judicial ou administrativa, em casos de necessidade, isto é, em casos desses preceitos serem descumpridos pelos indivíduos. Estabelece e estrutura uma série de órgãos e funcionários para: declarar normas que sirvam como critérios para resolver o conflito, desenvolver e executar as normas e ditar normas individualizadas-sentenças e resoluções, nas quais se aplicam as regras gerais (Poder jurisdicional). (SICHES, 1968, p. 696)

A tarefa da ordem jurídica, portanto, consiste em reconhecer, delimitar e proteger os interesses que merecem ser tutelados e que sempre estão em curso de elaboração. Os interesses hoje reconhecidos somente se “esforçam” para serem protegidos, haja vista que antigos interesses reconhecidos no passado ao mudarem a realidade social perdem o fundamento razoável para continuarem sendo protegidos.

Siches (1968) afirma, ainda, que a grande quantidade de interesses que exigem proteção poderia ser reduzida a dois tipos: de liberdade-estar livre de interferências, obstáculos; e de cooperação, que seria obter ajuda e assistência de outras pessoas, individuais ou coletivas, privadas ou públicas para a realização de vários fins humanos. Assim, “o direito atua como muro ou cerca que defende o âmbito da liberdade contra intromissões indébitas e outras vezes como engrenagem que articula as atividades de dois ou mais indivíduos” (SICHES, 1968, p. 701).

No que toca à liberdade, o principal instituto no Brasil, no século XIX, voltado à proteção da liberdade do indivíduo era o *habeas corpus*. Também se deve destaque às ações possessórias que eram usadas para impedir a cobrança de determinados tributos, com referência ao esbulho ou turbação do exercício de um direito.

No final do século XIX, destacou-se Rui Barbosa, jurista de grande relevância, que se utilizava de teses ou decisões judiciais dos Estados Unidos para embasar seus pedidos ao Judiciário acerca de atos que prejudicavam o livre exercício da posse de um direito (MEDINA; ARAÚJO, 2019).

No entanto, não existia uma tutela jurídica que se amoldasse ao direito material violado, do tipo constitutiva-mandamental-anulação de um ato com emissão de uma ordem.

Assim, por fatores externos, como a reforma de 1926, o *habeas corpus* sofreu restrição, sendo possível a sua utilização apenas aos casos que existissem ameaça ou efetiva restrição da liberdade de locomoção e as ações possessórias serviam tão somente para atacar a posse dos direitos, o que da mesma forma não estava solucionado o impasse da construção de uma tutela efetiva contra a legalidade ou omissão do agente público (BUZOID, 1989).

O *mandamus* foi criado tão somente pela Constituição de 1934 com regulamentação no âmbito infraconstitucional, inicialmente, pela Lei nº 191/36. A Constituição de 1937 foi omissa, embora continuasse a vigor em função da Lei nº 191/36. Posteriormente, foi inserido no Código de Processo Civil de 1939 como procedimento especial. Voltou a ter previsão no âmbito constitucional na Carta de 1946 e nas demais Cartas. No nível infraconstitucional, passou a ser disciplinado na Lei nº 1.533/51, que o excluiu do Código de Processo Civil de 1939. A Lei nº 1.533/51 sofreu várias alterações até ser revogada pela Lei nº 12.016, de 7.8.2009, que atualmente regulamenta o instituto do mandado de segurança (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2016).

O mandado de segurança coletivo foi previsto pela primeira vez na Constituição de 1988, enquanto o individual existia desde a Constituição de 1934.

O ponto de partida para a interpretação da Lei nº 12.016/2009 é a Constituição Federal de 1988. Isso porque o ordenamento jurídico tem como força motriz a Constituição Federal, conforme preleciona o art. 1º do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado, conforme os valores e normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. No mesmo sentido, Hesse (1991, p. 15) enfatiza: “A Constituição não é apenas a expressão de um ser. Ela é mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. A Constituição graças a sua pretensão de eficácia procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”.

Portanto, é preciso ter presente que, nesse cenário, os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Como lecionam Abboud, Carnio e Oliveira (2019):

Não podem mais ser tidos como meros instrumentos para solucionar um problema derivado de uma lacuna da lei ou do ordenamento jurídico. Na verdade, os princípios apresentam-se como constituidores da normatividade que emergem na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019, p. 534)

Diante do paradigma atual, a atividade interpretativa do operador do direito não pode mais estar restrita a descobrir a vontade da lei ou do legislador, mas deve estar em sintonia com a realidade e com os direitos fundamentais já consagrados.

A partir dessas ideias, a Constituição Federal não deve ser ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário, reclama efetividade real de suas normas. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção: a dignidade da pessoa humana.

Mesmo porque, na matriz dos direitos fundamentais na Constituição Cidadã, está esse princípio. Alarcon (2011), ensina:

Sobre o conteúdo jurídico do princípio, vale a pena apontar a teoria dos três graus do ser, exposta por Antonio Caso. Nessa teoria, a coisa, o indivíduo e a pessoa, são considerados patamares existenciais, sendo que a primeira é o ser sem unidade, pois se uma coisa quebra nada morre nela. O quebrar coisas nos dá coisas. Porém, ao tomarmos contato com o biológico nos deparamos com os indivíduos. E dentre os indivíduos, distinguimos o da espécie não humana, mas que apresentam potência vital e o da espécie humana. Este último é algo a mais ou representa algo a mais que um mero indivíduo, pois é uma pessoa, uma substância individual de natureza nacional. Como expõe Jose Manuel Panea: a dignidade é nesse sentido, um referente crítico, uma sorte de cânone, de medida. Algo que faz com que o ser humano seja merecedor de um tratamento devido, adequado e não de qualquer tratamento. A dignidade coloca assim, em posição de credores, se falarmos da nossa dignidade e de devedores, se falarmos da dignidade do outro. (ALARCON, 2011, p. 269)

No mesmo sentido, Ferrajoli (2005) ressalta que:

[...] a Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. O fundamento de sua legitimidade não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente às leis e aos atos de governo expressos nas contingentes maiorias. (FERRAJOLI, 2005, p. 28)

Assim, à luz da Constituição de 1988, o art. 5º, incisos LXIX e LXX, disciplina o instituto da seguinte forma:

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.

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Trata-se de um verdadeiro instrumento constitucional contra práticas ou omissões ilegais do Estado, mas que carece de críticas, haja vista que, mesmo com a lei de 2009 regulamentando esse assunto, o legislador não se preocupou em harmonizar as disposições legais com a evolução jurisprudencial, como será tratado logo abaixo, no tópico acerca das polêmicas causadas pelo *mandamus*, como da necessidade de desistência do mandado de segurança individual para aproveitar a coisa julgada do mandado coletivo.

Lamentável concluir que o Brasil de hoje ainda é Pindorama, expressão que significa Brasil em tupi-guarani, ou seja, o Brasil antes de Pedro Álvares Cabral, em que se experimentava e ainda experimenta as mesmas formas de não saber distinguir o civilizar com o dominar. Isso porque, por força da necessidade que há de obter-se do processo e das decisões que dele emanam um mínimo de previsibilidade, qual seria a postura dos operadores do direito frente às inovações trazidas pela jurisprudência e pelo novel Código Processual Civil, mas que não podem ser colocadas em prática por carecerem de previsibilidade legal, na norma especial? Assim, a reflexão que cabe a esses operadores não é mais da magnitude do mandado de segurança, pois esse instituto está previsto na Magna Carta, mas sim, como definir ordenar e concretizar a dimensão processual dos direitos fundamentais, para não carecerem de efetividade.

### **3 Natureza jurídica do mandado de segurança (*mandamus*) individual e coletivo**

O mandado de segurança é uma ação judiciária, concedida ao titular de direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder. De acordo com Buzaid (1955), é uma forma judicial de tutelar direito líquido e certo ante a ilegalidade ou abuso de poder, seja qual for a autoridade responsável, sem precisar percorrer o longo caminho do processo ordinário, com seus prazos dilatados e seu complicado sistema de recursos.

Trata-se, assim, de exigir da administração pública que se faça ou se deixe de fazer algo. Essa é a característica fundamental deste tipo de ação de compelir à administração pública, possibilitando ao impetrante, a suspensão liminar do ato impugnado, bem como a expedição de um mandado com execução específica.

Isso é explicado por Medina e Araújo (2019, p. 23), pois “[...] seu manejo está indissociavelmente atrelado ao *status activus processualis* e é manifestação do direito de resistência do cidadão contra os atos ilegais e abusivos praticados pelo poder público”.

O *status activus processualis* advém da criação, por Georg Jellinek, no século XI, dos quatro *status*, posições em que um indivíduo pode ficar frente ao Estado: passiva (*status*

*subjectionis*), ativa (*status activus civitatis*), negativa (*status libertatis* ou *negativus*) e positiva (*status activus civitatis*), sendo a ativa pela possibilidade de o cidadão exercer seus direitos políticos – direito ao voto. A passiva, quando o cidadão deve se curvar às normas impostas pelo Estado, como a obediência à lei. A negativa, que indica a liberdade do indivíduo que se encontra subordinado aos poderes públicos. E, por fim, a positiva é a postura de exigir do Estado uma prestação, como direito à saúde para todos (MARQUARDT NETO, 2016).

A partir dessas considerações, Haberle (2014) endossa um *status activus processualis*, reestruturando a teoria de Jellinek, ao defender que sempre que surgirem perigos para o cidadão ou grupos, como federações, sindicatos e associações será necessária a atuação protetora por parte do Estado:

No Estado Prestador, a par do *status positivus*, começa a cristalizar-se o *status activus processualis* na forma do aspecto jurídico-processual da liberdade (*due process* fundamental, participação processual), o que tem como consequência a reserva da prestação como reserva legal jurídico-processual. O “*status activus processualis*” é a materialização de todas as normas e formas que regulam a participação processual daqueles que são lesados de fato ou de Direito em seus direitos fundamentais. (HABERLE, 2014)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão STJ, RMS nº 54.112/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6º T, j. 11/09/2018, revela que: “a natureza constitucional do mandado de segurança não o restringe apenas à jurisdição civil. Sua utilização será igualmente eficaz na repressão de atos ilegais e abusivos praticados pela autoridade coatora, seja na esfera administrativa, como na judicial, civil ou penal”.

Dessa forma, o mandado de segurança conduz a uma sentença de cumprimento compulsório. Assim, Pontes de Miranda (1972, p. 235) defendia que o mandado de segurança era uma ação mandamental: “[...] como dar remédio àquelas coações e ameaças provindas dos poderes públicos quando a liberdade de locomoção não fosse o direito condição?”

Entendia ser mandamental por se obter a certeza do direito à prestação, que se efetiva por execução indireta, na medida em que influi no “animus” da autoridade coatora para cumprir a prestação pleiteada.

No entanto, *data maxima vênia*, a sua característica está na relação entre a decisão/sentença e o mandado. Na decisão/sentença pelo reconhecimento da violação de direito líquido e certo, é no mandado que em última análise, a sua forma natural e específica de execução para contenção e limitação da atividade estatal.

Como se não bastasse, o mandado de segurança não tutela apenas a esfera individual, pois engloba também a proteção coletiva, ou seja, direitos transindividuais, como um todo.

Isso porque, com a Revolução Industrial do século XVIII, deflagrou-se o início da produção em massa, já que à medida que crescia a industrialização, resultava em urbanização, o que fornecia à indústria mão de obra abundante e um mercado consumidor de fácil acesso, impulsionando o aumento da produção, como também da sociedade de massa e do consumo de massa (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2016).

O economista dessa época que merece destaque foi Adam Smith, que afirmava que o bem-estar da sociedade estaria ligado a não interferência do Estado. O lema era o individualismo, na certeza de que quanto mais a pessoa produzia estaria fazendo o bem para a sociedade em geral. Assim, a interação entre os indivíduos funcionava muito sem uma entidade controladora:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter. (SMITH, 2008, p. 25)

Esse contexto de relações massificadas, fez campo fértil para os conflitos de massa, notadamente pelo embate entre os interesses dos operários, representados pelos sindicatos e dos empregadores, que conduziram aos processos de massa, ou seja, instrumentos processuais de defesa coletiva.

Notava-se, portanto, já no século XIX, uma grande preocupação em buscar o efetivo acesso à justiça e a universalização da jurisdição. Segundo Grinover, Watanabe e Nery Júnior (2010):

É por intermédio dos processos coletivos que as massas têm oportunidade de submeter aos tribunais novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição. (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2010, p. 27)

Pelo crescimento vertiginoso das sociedades complexas, “hipnotizadas” pelo consumismo desenfreado, outros interesses começaram a desafiar o emprego da tutela jurisdicional, a partir da segunda metade do século XX: a questão da sustentabilidade, pelos possíveis esgotamentos das reservas de água, petróleo, gás natural ou ainda, a contaminação e a destruição do ecossistema. “Esta classe de interesse chamados de difusos, acabou sendo detectada e marcada pela indeterminação, uma vez que não há um sujeito determinado, além da própria coletividade” (MEDINA; ARAÚJO, 2019, p. 211).

Assim, a vedação da utilização do mandado de segurança para a tutela de interesses difusos parte do pressuposto de que é incabível assegurar um direito subjetivo líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas. O cidadão nesse caso, deverá se utilizar da ação popular ao exercer pretensão constitutiva negativa para invalidar todo ato lesivo praticado em desfavor do patrimônio público, o que impede até que se aplique o instituto da fungibilidade entre o mandado de segurança coletivo e a ação popular. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula nº 101, disciplina: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

Na ação popular tutela-se autênticos interesses difusos, pois o cidadão exercerá pretensão constitutiva negativa para invalidar todo ato lesivo praticado em desfavor do patrimônio público. Evidenciado o caráter difuso da impetração, fundado na defesa dos interesses dos usuários das rodoviárias federais- universo das pessoas que serão atingidas pelos supostos efeitos nefastos do ato coator- impõe-se o reconhecimento da incapacidade postulatória do sindicato-autor. É vedada a utilização do mandado de segurança como substituto da ação popular. (STJ, MS 11.399/DF, 1ª Seção, j. 13.12.2006, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.2.2007, p. 216)

Por isso que o mandado de segurança serve para tutelar interesses coletivos e individuais homogêneos.

Interesses coletivos, que remetem à cooperação, na medida em que pessoas são determináveis quanto a grupo ou a uma categoria, como por exemplo, associações, sociedades, sindicatos. Já os interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, advêm das três principais ideias norte americanas trazidas pelas *Class Action* (ações de classe): os litigantes podem ignorar o direito à tutela jurisdicional porque não conhecem seus direitos, ou que são vítimas de alguma lesão, os custos do litígio podem desanimar o litigante individual, a corte especial pode estabelecer um valor de alçada para o ingresso da ação (MEDINA; ARAÚJO, 2019). Devem assegurar esses requisitos, além da representação pelo grupo ou associação ser de forma leal e adequada.

#### **4 Pressupostos e polêmicas acerca do mandado de segurança individual e coletivo que confirmam o Brasil como terra de Pindorama**

Se o mandado de segurança individual se presta a tutela jurisdicional de direitos individuais, morrendo o impetrante, o questionamento que permanece é se seria possível a sucessão de partes. De imediato, a resposta seria que não pelo caráter personalíssimo, não cabendo a habilitação dos herdeiros. Não obstante, Cunha (2016) ressalva que, se houver

sentença concedendo a segurança, os seus herdeiros poderão sucedê-lo, para se beneficiar da segurança concedida. Portanto, nada impede que os herdeiros possam usufruir dessa decisão, o que seria diferente se a sentença consistisse na reintegração do servidor aos quadros da administração pública, por exemplo. Nesse caso, não há como se admitir a sucessão nos autos.

Outro item que causa debates é a possibilidade de se admitir o litisconsórcio ativo ulterior no *mandamus*. Apesar das divergências, a jurisprudência tem-se inclinado pela impossibilidade ante a violação do princípio do juiz natural.

PROCESSUAL CIVIL. DISTRIBUIÇÃO IRREGULARMENTE DIRIGIDA. LITISCONSÓRCIO ATIVO ULTERIOR AFASTADO PELO TRIBUNAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS LITISCONSORTES (ART. 267, IV, DO CPC): LEGALIDADE. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE: IMPOSSIBILIDADE. 1. É lícito ao Tribunal determinar a extinção do processo, sem resolução do mérito, se detectada distribuição irregularmente dirigida, com violação ao princípio do juiz natural. 2. Inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC, na hipótese, pois não se trata de reconhecimento da incompetência absoluta, tanto que o feito foi apreciado e decidido pelo Tribunal em relação à autora original da demanda. 3. Admitir que é ônus da Justiça Federal examinar a situação peculiar de cada uma das trinta empresas excluídas da lide, diante da notícia nos autos da existência de litispendência e coisa julgada em relação a algumas delas, implica em inverter a marcha processual e o dever das partes e daqueles que atuam no processo. 4. Recurso especial não provido”. (STJ-2ª.T - REsp 767979 / RJ - Rel. Min. Eliana Calmon, j. 09.06.2009).

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO ATIVO ULTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Inadmissível a formação de litisconsórcio facultativo ativo após a distribuição do feito, sob pena de violação ao Princípio do Juiz Natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz. Precedentes do STJ. 3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, "c", da Constituição Federal. 4. Agravo Regimental não provido. (STJ-2ª T – AgRg no REsp 1022615 / RS – Rel. Herman Benjamin, j. 10.3.2009).

Como pressuposto do mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser lido como fato líquido e certo, consubstanciado por uma prova pré-constituída a respeito da violação alegada ou da ameaçada da violação. A Súmula nº 625 do Supremo Tribunal Federal assim dispõe: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão do mandado de segurança”. É uma prova que não exige maior dilação probatória. O impetrante já demonstra com a petição inicial o fato que foi violado ou está na iminência de ser violado. Trata-se,

portanto, de condição de ação, que se não for respeitado, conduz a extinção do processo por carência da ação.

Assim leciona Bueno (2009, p. 17-18):

Trata-se de condição de ação e não corresponde à existência da ilegalidade ou do abuso de poder, mas apenas e tão somente a uma especial forma de demonstração desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança, instituto de caráter nitidamente processual. À sua falta segue decisão de carência de ação, facultada a repropositura da mesma ação, do mesmo mandado de segurança desde que superados os óbices que levaram a sua extinção ou que a mesma pretensão seja levada ao Estado-Juiz por outro veículo processual, quando a hipótese reclamar dilação probatória. (BUENO, 2009, p.17-18)

A prova documental pré-constituída e a afirmação da violação ou ameaça do direito individual ou coletivo são as chaves da entrada para a impetração do mandado de segurança, portanto. Dinamarco (2009) explica que as provas são pré-constituídas, pois já foram formadas e existiram antes e fora do processo. No mesmo sentido:

O mandado de segurança é um remédio jurídico processual, ou, de forma mais simples, um direito a um procedimento específico, disciplinado na Lei 12.106/2009. Sendo certo que o mandado de segurança é processado por rito especial, não restam dúvidas de que se lhe aplicam, subsidiariamente, as regras relativas ao procedimento comum que estão contidas no Código de Processo Civil. Nesse sentido, assim dispõe o parágrafo único do art. 318 do CPC: “O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”. Para que se conceda o mandado de segurança, é preciso, como se viu, que o direito seja líquido e certo. O requisito da liquidez e certeza do direito está relacionado com a comprovação das alegações contidas na petição inicial. Vale dizer que o direito somente será líquido e certo se as alegações da parte autora estiverem comprovadas por documentos, de maneira pré-constituída. (CUNHA, 2016, p. 512-513)

Ressalva-se que não se pode confundir prova documental com prova documentada. A prova documental é aquela de fácil percepção acerca das alegações das violações ou possíveis violações descritas na ação. No entanto, se as alegações dependerem da produção de outras provas, não é possível a análise do mérito através do *mandamus*.

Nesse sentido, um documento que contenha a declaração testemunhal antecipada comprova, apenas, a declaração, e não o fato declarado, não servindo como meio de demonstrar o direito líquido e certo. Daí por que não cabe mandado de segurança fundado em justificação prévia de prova testemunhal. É que a prova produzida na justificação prévia é testemunhal, inviável como meio para provar o direito líquido e certo. Também não cabe mandado de segurança fundado em laudo médico particular, por estar ausente a prova do direito líquido e certo. (CUNHA, 2016, p. 506-507)

Ressalva-se que o art. 6º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009 excepciona a obrigação de prova pré-constituída ao dispor que, se o documento necessário à prova do alegado estiver em

repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz deverá ordenar, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, no prazo de dez dias. Após a juntada, o escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Outra exceção trazida por Marinoni e Arenhart (2011, p. 322-323) é a produção de única prova admitida: a arguição de incidente de falsidade documental do art. 430 e seguintes do Código de Processo Civil: “A instauração do incidente no próprio mandado de segurança, permitirá que o procedimento não seja fadado ao fracasso, afinal a remessa do feito às vias ordinárias seria um atestado de ineficiência de tão relevante remédio constitucional”. Isso porque, se não for falso o documento, o impetrante que será prejudicado, mas se a autoridade coatora refutar a alegação da falsidade, pleiteando a remessa às vias ordinárias para a produção de prova, não se compatibilizará com a celeridade do procedimento, podendo até ser condenada por litigância de má-fé.

Isso porque o mandado de segurança, trata-se de tutela jurisdicional diferenciada, por permitir a realização do direito com base em uma cognição mais rápida, emprestando às normas jurídicas que o disciplinam, eficácia para o acesso à justiça. Esclarece Grinover (2009, p. 102) que: “O modelo tradicional do procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem”.

Além da prova pré-constituída, o mandado de segurança possui como objeto, um ato de autoridade pública, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante.

Como se não bastasse, é possível impetrar mandado de segurança também em face de autoridade coatora particular, quando em delegação de função pública, pratica ato ilegal e ofensivo, como é o caso de reitor da universidade. É possível, pois a autoridade está em função delegada, e é de competência da União organizar o sistema federal de ensino, nos termos do art. 211, § 1º, da Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, a Súmula nº 510 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada cabe mandado de segurança ou a medida judicial.”

[...] ato omissivo praticado por diretor de hospital municipal. Direito líquido e certo de obtenção, pelos familiares, dos prontuários médicos de seus parentes ali falecidos. Correta a concessão da ordem em razão da recusa injustificada, do diretor do Hospital Salgado Filho, em fornecer aos familiares dos impetrantes, falecidos naquele nosocômio, seus prontuários médicos. (STJ, REsp 599.705/DF, 1º T, j. 18.8.2005)

Deste modo, é correto afirmar que a “competência no mandado de segurança é definida pela qualificação da autoridade, com a função exercida na estrutura do poder público” (MEDINA; ARAÚJO, 2019, p. 61). Assim, para saber a autoridade coatora deve ser verificado a esfera a qual ela está vinculada.

E se o ato administrativo for complexo, que é aquele formado por duas manifestações de vontade, autônomas e independentes, por órgãos diversos, para identificar quem seja a autoridade coatora é a última autoridade, que praticou o último ato, nos termos da Súmula nº 627 do STF: “No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento.”

Mandado de segurança. Questão de ordem. Competência do Supremo Tribunal Federal. Lista tríplice. Preenchimento de vaga em Tribunal Regional do Trabalho. Estando o Presidente da República de posse de lista tríplice destinada ao preenchimento de vaga de magistrado de Tribunal Regional do Trabalho, podendo nomear, a qualquer momento, aquele que vai ocupar o cargo vago, configura-se a competência desta Corte para o julgamento do mandado de segurança que impugna o processo de escolha dos integrantes da lista, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula 627 desta Corte. Questão de ordem resolvida para reconhecer a competência do STF. (MS nº 27.244 QO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, P, j. 13-5-2009, *DJe* 50 de 19.3.2010)

No caso da indicação errônea da autoridade coatora, pela nova roupagem trazida com o Código de Processo Civil de 2015, baseado no princípio da cooperação entre as partes, como descrito nos arts. 338 e 339, que permitem a possibilidade de correção do polo passivo, não conduz mais a extinção do *mandamus*. Nessa linha, o Cunha (2016) também leciona:

Há várias disposições espalhadas pelo CPC que consistem em condições de aplicação do princípio da precedência do julgamento do mérito. O juiz deve aplicá-las, a fim de viabilizar, tanto quanto possível, o exame do mérito, concretizando o dever de prevenção, decorrente do princípio da cooperação. [...] destaca-se o disposto no seu art. 338, segundo o qual “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu”. De igual modo, cumpre destacar o disposto no art. 339 do CPC, que assim dispõe: “Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”. [...] Tais dispositivos – ressalvadas as partes relativas a honorários de sucumbência (não transcritas acima), que não se aplicam ao mandado de segurança [...] incidem no processo de mandado de segurança, os quais consagram, como visto, o princípio da primazia do julgamento do mérito. [...] não se tem admitido intervenção de terceiro no mandado de segurança. Isso, porém, não impede a aplicação dos arts. 338 e 339 do CPC no processo de mandado de segurança, pois tais regras destinam-se ao saneamento do processo para que se viabilize o exame do mérito, concretizando o mencionado princípio da primazia do julgamento do mérito. Nesse sentido, aliás, é o teor do enunciado 42 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual

o art. 399 “aplica-se mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo”. Os arts. 338 e 339 do CPC aplicam-se ao processo de mandado de segurança, permitindo que se corrija a autoridade coatora ou, até mesmo, a pessoa jurídica da qual faz parte. Assim, se a parte impetrou mandado de segurança, por exemplo, contra o Governador do Estado, mas a autoridade impetrada seria o Secretário do Estado, é possível corrigir. De igual modo, se impetrou contra o Governador do Estado, mas deveria ter indicado, como autoridade, o diretor de determinada autarquia, poderá haver a correção tanto da autoridade como da pessoa jurídica de cujos quadros faça parte. Se o juiz já perceber o equívoco na indicação da autoridade impetrada ao examinar a petição inicial, deverá determinar a intimação do impetrante para emenda da petição inicial, como, aliás, reconhece o enunciado 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. (CUNHA, 2016, p. 533-535)

Ademais, como pressuposto, a lei veda a impetração quando se tratar de prática de atos de gestão das autoridades coatoras, que devem ser distintos dos atos de império, que conduziriam ao controle de legalidade pela via do mandado, da seguinte forma:

Os atos de império representariam as situações em que a atividade administrativa é erigida sobre a prerrogativa da autoridade. Aqui, a Administração Pública atua no interesse e defesa dos interesses primários. Como são emanadas dos atos de império, sujeita-se ao controle de legalidade pela via do *mandamus*. Por outro lado, os atos de gestão são oriundos da atividade administrativa vinculadas aos interesses secundários, os quais não merecem sequer a proteção do regime peculiar do direito público. (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 46)

É por essa razão que a Súmula nº 333 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que é possível impetrar mandado de segurança contra a empresa pública e sociedade de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado contra atos praticados em licitação. A razão é que o procedimento de licitação tem natureza de direito público, ainda que realizada por entidade de direito privado. Do julgamento do Recurso Extraordinário nº 958252, foi firmada a seguinte tese de repercussão geral: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.<sup>1</sup>

Também merece destaque, a costumeira confusão entre a utilização do mandado de segurança preventivo, com função inibitória a impedir a consumação do dano e as situações jurídicas que revelam ato normativo em tese, pois a Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal veda a utilização do mandado de segurança contra a lei em tese, pois caberá, nesse caso, ADI, ADPF, por exemplo. Como no caso do precedente STF, MS-AgR-QO nº 23.785/MG-TP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 27.10.2006, p. 31:

---

<sup>1</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>. Acesso em: 17 jun. 2019.

Mandado de segurança impetrado em caráter preventivo, contra futura aplicação de normas constantes da lei de responsabilidade fiscal. Impetração contra ato em tese. Inadmissibilidade. Incidência da Súmula 266 do STF. Questão de ordem que se resolve no sentido do não conhecimento da ação em mandado de segurança, restando prejudicada, em consequência a apreciação de recurso de agravo. Precedentes: O mandado de segurança não se qualifica como sucedâneo da ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade, não podendo ser utilizado, em consequência como instrumento de controle abstrato de validade constitucional das leis dos atos normativos em geral.

Outra grande divergência acerca do assunto diz respeito à natureza do direito do candidato aprovado, se seria direito subjetivo à nomeação ou apenas uma expectativa de direito. A resposta a essa pergunta da Corte Suprema, foi de que constitui direito adquirido a aprovação dos candidatos classificados dentro do número de vagas previstas em edital. No entanto, a Administração Pública pode se recusar a nomear candidatos para cargos existentes, desde que o ato seja motivado. Seguiria, então, o princípio da discricionariedade administrativa.

Observe-se a ementa de acórdão em recurso extraordinário:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVIDER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existente candidato aprovado em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE nº 227480/RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª TURMA, STF, julgado em 16.9.2008, publicado em 21.8.2009)

Apesar do entendimento da Suprema Corte de que a aprovação constitui direito subjetivo dentro do número de vagas, há ressalvas quanto aos casos de nomeação fora do número de vagas previstos no edital.

Em primeiro lugar, o candidato aprovado fora desse número (para cadastro de reserva, por exemplo) não possui direito adquirido, mas expectativa de direito. Desse modo, resta prejudicada a exigência do mandado de segurança de direito líquido e certo. Em segundo lugar, o preenchimento da vaga somente poderá ser discutido se houver espécie de preterimento da Administração ou contratação de pessoal em desconformidade às normas do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é o argumento de acórdão do STF em Agravo Regimental em Mandado de Segurança:

Candidato aprovado em concurso público para formação de cadastro reserva ou em classificação excedente ao número de vagas ofertadas no certame é mero detentor de expectativa de direito à nomeação, a qual convola-se em direito subjetivo caso comprovada (i) preterição da ordem classificatória na convocação ou (ii) contratação irregular de servidor para exercício da função. Precedentes. Não ocorrência de preterição no caso, ante a ausência de novas contratações. [...]. (MS nº 34062 AgRg/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª TURMA, STF, julgado em 20.6.2017, publicado em 10.8.2017)

Do mesmo modo é a argumentação no mandado de segurança a seguir:

O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. (MS nº 33064 AgRg/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, STF, julgado em 9.10.2017, publicado em 10.10.2017)

Ademais, as Súmulas nº 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal disciplinam que não cabe mandado de segurança, de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo pois a pessoa pode conseguir no recurso o que se pretende conseguir no mandado de segurança.

Pois bem, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.012, § 4º, dispõe sobre hipóteses em que é possível suspender o recurso de apelação. E no art. 1.019, inciso I, acerca do agravo de instrumento, cujo rol para agravar deveria seguir o disciplinado no art. 1.015 do Código de Processo Civil, pela taxatividade.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso especial repetitivo (REsp nº 1.696.36 e REsp nº 1.704.520) a respeito da interpretação do art. 1.015 do Código de Processo Civil ser de taxatividade mitigada. Por isso pode ocorrer a interposição do agravo de instrumento, quando verificada a urgência decorrente daquela decisão que não encontra a taxatividade no citado rol. A doutrina e a jurisprudência admitem o manejo do mandado de segurança nas seguintes hipóteses:

Em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável e o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo. O reconhecimento da intempestividade do agravo regimental pela turma, não configura a prática de ato com vícios. O mandado de segurança não constitui o meio adequado para provar um fato. Exige prova pré-constituída do seu direito líquido e certo. No caso, busca o impetrante demonstrar que houve uma falha técnica que o impediu de ter acesso aos autos em

tempo hábil, a fim de interpor o recurso de agravo regimental. Ocorre que a simples cópia do e-mail em suas razões por si só não se mostra hábil para a pretensão. O fato de a parte ter percorrido todas as instâncias jurisdicionais e eventualmente interposto todos os recursos cabíveis, por si só não autoriza a impetração do MS. (STJ, AgRg no MS nº 16.007/DF, Corte Especial, j. 5.12.2011, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima)

Ato judicial que afastou a competência da vara da Fazenda pública para processar e julgar ação de usucapião, por entender não ter sido comprovado que o imóvel se situava em áreas de terras públicas, a ensejar o interesse do estado. Assim, diante da existência da dúvida razoável sobre o cabimento do agravo de instrumento, na vigência do CPC de 2015 admitiram o mando de segurança, mas o rejeitaram posteriormente pela ausência do direito líquido e certo, em face da prova pré-constituída que não fora juntada aos autos que o imóvel se encontrava inserido em terra devoluta. (STJ, RO em MS nº 58.578/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª T, j. 18.10.2018)

No que tange ao prazo para impetração, é de natureza decadencial, cento e vinte dias, a partir do ato comissivo que feriu o direito líquido e certo, salvo nos casos de omissão, aí o prazo se renova a cada dia. E se for de trato sucessivo, inicia a partir do dia que a Administração feriu o direito tutelado.

Por tal motivo, o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado, em seu magistério jurisprudencial (RTJ 46/56 – RTJ 54/359 – RTJ 54/789 – RTJ 57/19 – RTJ 62/13 – RTJ 105/56 – RTJ 106/309 – MS 27.399 – AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli – RMS 21.491/DF, Rel. Min. Carlos Velloso – RMS 30.990/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *v.g.*), que: “Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança” (Súmula nº 430/STF), sendo certo, ainda na linha dessa mesma orientação, que a interposição de recurso administrativo sem efeito suspensivo igualmente não interrompe (nem suspende) a fluência do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança (MS nº 23.397-AgR/DF, Rel. Min. Cezar Peluso – RMS nº 30.562/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *v.g.*):

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA. INTEMPESTIVIDADE. IMPETRAÇÃO EM PRAZO SUPERIOR A 120 DIAS APÓS A CIÊNCIA DO PRIMEIRO ATO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO E INEXISTÊNCIA DE INTERRUPTÃO DO PRAZO DECADENCIAL. SEGUNDA DECISÃO QUE CONFIRMOU A ANTERIOR. DELIBERAÇÃO NEGATIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (MS nº 29.872-Segundo-AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki)

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO SEM EFEITO SUSPENSIVO. DECADÊNCIA. 1. A interposição de recurso administrativo sem efeito suspensivo não prejudica a fluência do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança. [...]. (MS nº 30.109-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso)

Também se faz mister ressaltar que outro dispositivo legal, que é alvo de críticas é o art. 22, § 1º, da lei que disciplina o mandado de segurança:

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.  
§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

A crítica se consubstancia porque o art. 104 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) também dispõe a ausência de litispendência entre mandado de segurança individual e mandado de segurança coletivo, e que proposta ação coletiva, será publicado esta a fim de que todos os interessados possam intervir como litisconsortes. O legitimado individual não sofrerá qualquer prejuízo, caso sua pretensão já esteja pendente.

Assim, a primeira opção para o legitimado é continuar com a ação individual e sujeitar-se ao resultado da demanda. Eventual improcedência estará afetada pela eficácia preclusiva do art. 506 do Código de Processo Civil. Mesmo que a ação coletiva seja julgada procedente não tem como fazer o *transporte in utilibus* de aproveitamento da coisa julgada.

A segunda opção, como determina o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor seria pedir a suspensão do processo por não induzir litispendência entre ação individual e coletiva, e então o legitimado individual aguardaria o julgamento da ação coletiva. Sendo improcedente prosseguiria com a ação individual com possibilidade de êxito na demanda.

Mas, se tiver participado como litisconsorte na ação coletiva ou não pedir suspensão, estaria impossibilitado de rever a sua pretensão individual (STJ, AgRg no Ag nº 1.149.002/RS, 4º T, j. 25.05.2010, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 4.6.2010).

A melhor doutrina não se coaduna a desistência prevista no § 1º do art. 22 do mandado de segurança, uma vez que o mandado de segurança individual não terá condições de ser repositado. A ação coletiva acabará absorvendo os mandados de segurança individuais e impedindo a repositura do pedido em caso de improcedência do mandado de segurança coletivo. Nesse sentido Alvim (2014) leciona:

[...] pode haver coexistência de mandado de segurança coletivo e mandados de segurança individuais. Nessa hipótese, também diferentemente das demais ações coletivas, os efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo não aproveitarão o impetrante do mandado de segurança individual, se não requerer a desistência de seu *writ* no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, a teor do §1º do art. 22, da Lei nº 12.016/09. Veja-se que enquanto o art. 104 do CDC exige a suspensão das ações individuais para que seus autores sejam beneficiados pela coisa julgada da ação coletiva, o §1º, do art. 22,

de outro lado, exige, mais do que isso, a desistência dos mandados de segurança impetrados a título individual para que os efeitos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo recaiam sobre o impetrante individual. Essa nova disciplina, por certo, desestimulará a utilização do mandado de segurança coletivo. Isso porque, conquanto a desistência configure hipótese de extinção de processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VIII), sendo viável sua repropositura (art. 268 do CPC e art. 6º, §6º, da Lei nº 12.016/09), na prática, dificilmente o autor conseguirá impetrar novo mandado de segurança individual dentro dos 120 dias de que trata o art. 23, da Lei nº 12.016/09. Temos, ademais, ser o art. 22, §1º, de constitucionalidade duvidosa, eis que representa verdadeira restrição à utilização do mandado de segurança coletivo. Todavia, não podemos deixar de ter presente que a Lei nº 12.016/09 é posterior e especial em relação ao CDC. Nesse sentido, para o mandado de segurança coletivo, aplica-se §1º, do art. 22, da Lei nº 12.016/09. Para as demais ações coletivas, aplica-se a sistemática constante do já mencionado art. 104 do CDC. (ALVIM, 2014, p. 434)

Assim, confirma o que dito alhures, que o Brasil ainda continua sendo terra de Pindorama, pois nesse caso, o operador do direito deixaria de usar essa ação tão relevante ante ao prejuízo manifesto que o legitimado sofreria.

E, por fim, quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada, a jurisprudência tem se inclinado para alcançar tão somente os filiados que estejam em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação juntada a inicial do processo de conhecimento:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir da ação coletiva de rito ordinário, ajuizada por ação civil na defesa dos interesses dos associados somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que estejam em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação juntada a inicial do processo de conhecimento. (RE nº 612.043, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 6.10.2017)

No entanto, a melhor doutrina defende que em razão da apontada indivisibilidade, não se afigura razoável pretender sejam os efeitos da coisa julgada limitados a partido político ou entidade de classe impetrante, serem o princípio constitucional da razoabilidade, já que impõem restrição desnecessária à defesa de direitos coletivos. Prejudicam, ainda, o acesso à justiça e a economia e efetividade do processo (MARINHO, 2009).

Dessa forma, comunga-se com a extensão para todos os titulares a relação jurídica de direito material, sendo inaplicáveis as restrições relativas aos limites territoriais de competência do órgão judicial de que emana, ou a exigência da qualidade de associado, na data da propositura da demanda, à entidade associativa autora.

## Considerações finais

Este artigo abordou, numa reflexão filosófica analítica sobre o instituto do mandado de segurança, a partir da regulamentação da Lei nº 12.016/2009, que pouco avançou sobre a temática.

Ao ter disciplinado sobre o instituto, não se limitou a reproduzir o que antes constava na Lei nº 1.533/51, regulou o procedimento trazendo algumas orientações já consolidadas na jurisprudência, mas poderia ter avançado mais, o que é lamentável, pois a impressão patente é que o país continua sendo o mesmo do ano 1500, ou seja, Terra de Pindorama, sem trazer as reflexões necessárias para tutelar a ilegalidade ou abuso de poder, seja qual for a autoridade responsável, sem precisar percorrer o longo caminho do processo ordinário, com seus prazos dilatados e seu complicado sistema de recursos.

Foi a partir desses aspectos, que este trabalho apontou algumas soluções mais viáveis ante a raiz constitucional que orbita o ordenamento jurídico.

## Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito*. Teoria, filosofia e sociologia do direito. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Ee direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança: de acordo com a Lei Federal nº 12.016/2009*. 3. ed. ref. Atualizada. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. 5. ed. São: Saraiva, 2009.

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

\_\_\_\_\_. *Do mandado de segurança*. 1955. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/15594/14465>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado e futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trota, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor* – Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: antecipação e sua estabilização* – O processo: estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

HABERLE, Peter. Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de Constituições. *DPU*, n. 55, p. 187, Jan-Fev/2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINHO, Ivana Mafra. *Os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo para tutela de direito individual homogêneo*. 2009. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/75/76>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, 2. ed, São Paulo: RT, 2011.

MARQUARDT NETO, Roland Hamilton. *A justificativa do Estado na doutrina de Georg Jellinek*. Revista de Teorias e Filosofias do Estado, Brasília, v. 2, n. 1, p. 16-36, Jan/Jun. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Flávio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*. Comentários à Lei nº 12.016/2009. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de sociologia*. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Henus, 2008.