

**FACULDADE BRASILEIRA MULTIVIX
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TUTELA CONSTITUCIONAL RESIDUAL: MANDADO DE
SEGURANÇA**

**DENES AFLORISIO LEITE CARDOSO
VIVIANE FELIX MIRANDA**

**NOVA VENÉCIA – ES
2019**

TUTELA CONSTITUCIONAL RESIDUAL: MANDADO DE SEGURANÇA

**DENES AFLORISIO LEITE CARDOSO
VIVIANE FELIX MIRANDA**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação em Direito apresentado à
Faculdade Brasileira – MULTIVIX, como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em direito.

Orientador: Silvestre de Assis Júnior

**NOVA VENÉCIA - ES
2019**

TUTELA CONSTITUCIONAL RESIDUAL: MANDADO DE SEGURANÇA

**DENES AFLORISIO LEITE CARDOSO
VIVIANE FELIX MIRANDA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado à Faculdade Brasileira - MULTIVIX, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de ____

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Silvestre de Assis Júnior
Faculdade Brasileira - MULTIVIX
Orientador

Titulação e nome do Profº
Faculdade Brasileira - MULTIVIX
Examinador

Titulação e nome do Profº
Faculdade Brasileira - MULTIVIX
Examinador

RESUMO

Devido ao caráter residual do mandado de segurança, é importante esclarecer e dirimir eventuais dúvidas e questionamentos sobre a matéria em estudo, principalmente com relação ao conceito, trajetória desse remédio ao longo das Constituições brasileiras, cabimento, suas espécies e modalidades. O propósito deste estudo, baseado em doutrinas, artigos e na legislação brasileira é demonstrar sua relevância, sua contribuição para o ordenamento jurídico e para sociedade brasileira. A metodologia de pesquisa utilizada neste estudo, foi feita por meio de uma investigação exploratória e bibliográfica com utilização de fontes secundárias. A pesquisa permite identificar requisitos relevantes para utilização dessa garantia constitucional em sua plenitude, visando atingir o seu objetivo estabelecido na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: mandado de segurança; cabimento; residual; constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 REFERENCIAL TEÓRICO.....	8
2.1 MANDADO DE SEGURANÇA.....	8
2.1.1 Conceito.....	8
2.1.2 Trajetória ao Longo das Constituições Federais.....	9
2.1.3 Cabimento.....	11
2.1.4 Espécies e Modalidades.....	12
3 CONCLUSÃO.....	15
4 REFERÊNCIAS.....	17

1 INTRODUÇÃO

O ser humano, desde os primórdios, quando abdicou de sua própria liberdade para conviver em sociedade, renunciou a certos direitos em prol de outros. Sendo assim, hoje, todas as pessoas já nascem possuindo direitos e deveres, que são inerentes à personalidade, são os chamados direitos naturais. Há também uma série de outros direitos e deveres codificados que fazem parte de uma determinada sociedade, ou grupo.

No entanto, ocorre que nem sempre todos os direitos são obedecidos e usufruídos de forma plena. Para isso, foram criados instrumentos com o propósito de garantir e defender tais prerrogativas. A Constituição Federal de 1988 apresenta em seu texto um rol de garantias, os remédios constitucionais. Dentre eles está o Mandado de Segurança, objeto de estudo do presente projeto.

A justificativa desse tema, teve como base a extrema relevância do mandado de segurança para o ordenamento jurídico e sociedade brasileira, merecendo ser destacado e explorado devido ao seu caráter abrangente na defesa de direitos individuais e coletivos.

Há uma grande diversidade de direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e muitas vezes para serem respeitados ou produzirem seus efeitos necessitam de um instrumento eficaz como o mandado de segurança.

O presente estudo delimitou-se em esclarecer os pontos mais relevantes sobre o mandado de segurança, dirimindo eventuais questionamentos a respeito do tema, com relação ao seu cabimento, para que esse remédio possa ser utilizado de forma correta e atinja seu propósito constitucional.

O mandado de segurança será analisado como um remédio na salvaguarda de direitos, determinando o conceito, o histórico, o cabimento, modalidades e espécies, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Levando em consideração o que fora abordado até o presente momento, podem ser feitos os seguintes questionamentos: Qual o conceito do mandado de segurança, levando em consideração sua natureza jurídica e previsão no ordenamento brasileiro? Como se deu a trajetória desse remédio ao longo das Constituições Brasileiras? Quando é cabível? Quais são suas espécies e modalidades?

O objetivo geral deste trabalho é desenvolver um estudo sobre o mandado de segurança, consoante ao estabelecido em doutrinas, artigos e na legislação brasileira, demonstrando sua relevância e contribuição para o ordenamento jurídico e para a sociedade brasileira, bem como as nuances e o contexto em que está inserido.

São objetivos específicos: conceituar o mandado de segurança, levando em consideração sua natureza jurídica e previsão no ordenamento brasileiro; analisar a trajetória desse remédio ao longo das Constituições Brasileiras; explorar o cabimento do mandado de segurança; avaliar as espécies e modalidades dessa garantia constitucional.

O estudo em tela será elaborado por meio de uma metodologia exploratória, classificação dada quanto ao tipo de pesquisa, levando em consideração os objetivos, cuja finalidade é um melhor entendimento sobre o assunto, mediante conceitos e estudos já compilados em obras relacionadas ao tema e outras fontes de compreensão.

Na realização desta análise serão utilizados dados já existentes para que seja possível a formação de concepções objetivando o entendimento do tema abordado, bem como embasar e atingir a finalidade da pesquisa.

Quanto aos métodos de pesquisa, será efetuada uma exploração bibliográfica, classificação dada quanto ao tipo de pesquisa, levando em consideração os procedimentos técnicos. Também é imprescindível, determinar o tipo de fonte de pesquisa, que neste caso será a secundária. O estudo será amparado por doutrinas, pela Constituição Brasileira, pela legislação infraconstitucional, por artigos científicos e sites.

Com relação a hipótese desta pesquisa, em um primeiro momento identifica-se que o mandado de segurança é um remédio constitucional, previsto também em legislação infraconstitucional, com caráter residual, ou seja, é aplicado quando não há uma outra tutela mais específica. Defende direitos individuais e coletivos líquido e certo que foram lesionados ou ameaçados por ato de uma autoridade coatora, podendo então, ser utilizado nas modalidades individual e coletiva e tem como espécies o mandado de segurança preventivo e repressivo.

Esse instituto nasceu na Constituição Federal de 1934. Em 1937 foi extinto e em 1946 voltou para o ordenamento jurídico brasileiro, permanecendo até a atualidade. Dessa forma, de acordo com a sistemática jurídica, essa tutela é imprescindível para defender os interesses e direitos dos indivíduos de uma sociedade.

Devido ao caráter subsidiário que o Mandado de Segurança reserva surgem alguns questionamentos e dúvidas a respeito desta matéria. Por isso, far-se-á necessário o empenho nesta pesquisa exploratória para reunir conteúdo suficiente para dirimir dúvidas comuns a respeito deste assunto.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 MANDADO DE SEGURANÇA

Serão abordados a seguir, o conceito, a trajetória desse remédio ao longo das Constituições brasileiras, o cabimento, suas espécies e modalidades.

2.1.1 Conceito

A tutela constitucional residual, mandado de segurança, possui previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 5º, inciso LXIX. Assim, de acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 5º [...] LXIX Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Há previsão também na legislação infraconstitucional, Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, cuja finalidade é disciplinar esse tema na modalidade individual e coletiva. O artigo 1º da referida lei diz (BRASIL, 2009):

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Desse modo, fica evidente o caráter residual/subsidiário do remédio explorado neste estudo, uma vez que essa tutela só será utilizada quando não for cabível habeas corpus ou habeas data.

Moraes (2015, p. 163) aduz que o mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, que visa a proteção de direito líquido e certo, ameaçado de lesão ou lesado, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandamus é revestido de natureza jurídica mista, visto que é ao mesmo tempo um remédio constitucional, ou seja, uma garantia prevista na Constituição Federal, e, em seu aspecto processual, é uma ação cível de procedimento especial, pois não se admite dilação probatória e deve ser instruída por meio de prova pré-constituída (BAHIA, 2018, p. 83).

Desta forma, é necessário frisar que o mandado de segurança está previsto na Constituição brasileira atual e na legislação infraconstitucional, possuindo caráter residual, na defesa de direito líquido e certo e uma natureza jurídica mista, sendo uma ação constitucional e uma ação civil de procedimento especial, uma vez que não admite dilação probatória, ou seja, a ação para ser impetrada deve possuir provas robustas, preferencialmente documental.

2.1.2 Trajetória ao Longo das Constituições Federais

Importante destacar a origem e trajetória do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente nas Constituições Federais, devido a sua relevante contribuição para o campo jurídico do país.

Conforme Pinho (2002, p. 137) trata-se de uma criação constitucional brasileira. Seu nascimento está pautado na doutrina brasileira do habeas corpus e na posterior reforma constitucional de 1926, que limitou esse remédio à tutela da liberdade de locomoção. Para a tutela dos demais direitos anteriores protegidos pela maior extensão dada ao habeas corpus, a Constituição de 1934 criou o mandado de segurança. Esta ação foi suprimida na Carta de 1937 e reintroduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Texto Constitucional de 1946.

Assim, a Constituição de 16 de julho de 1934 foi o diploma que inaugurou o mandado de segurança no Brasil. Em seu texto, no artigo 113, número 33 exibia da seguinte forma (BRASIL, 1934):

Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo

ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

Oportuno frisar, que conforme demonstrado, a Constituição Federal de 1934 foi extremamente importante para o ordenamento jurídico brasileiro e para a defesa dos direitos fundamentais, que passaram a contar com uma ferramenta mais específica na proteção de direito, certo e incontestável.

A Constituição de 1937, fruto de um período de ditadura no Brasil, não disciplinou a respeito do mandado de segurança, retirando sua qualidade de garantia constitucional, uma vez que permeada pelos impasses de um Estado totalitário. Até mesmo a extinção do remédio do ordenamento pátrio foi cogitada (FERREIRA, 2007).

Em 1946, com a volta de um regime democrático, a Constituição de 1946 reintegrou o mandado de segurança ao ordenamento brasileiro, Em sua redação no artigo 141, parágrafo 24 assim dispunha (BRASIL, 1946): “ Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. ”

Destarte, comparando o texto da Constituição Federal de 1934 com o texto da Constituição de 1946, percebe-se que foram feitas mudanças redacionais, mas o significado, de forma ampla, permanece o mesmo.

Em 1967 com a nova Carta Magna, de acordo com Ferreira (2007) o mandado de segurança foi novamente previsto para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, no parágrafo 21 de seu art. 153 repetiu exatamente o texto da Constituição de 1967.

Por fim, na atual Constituição de 1988, o mandado de segurança passou a ter a forma como é conhecido hoje e também inovou ao tutelar esse remédio na modalidade coletiva, que será explanada em momento posterior.

2.1.3 Cabimento

Quanto ao cabimento do Mandado de Segurança, podem ser apontados quatro requisitos identificadores, conforme Moraes (2015, p. 163):

ato comissivo ou omissivo de autoridade praticado pelo Poder Público ou por particular decorrente de delegação do Poder Público; e, ainda, 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; ilegalidade ou abuso de poder; lesão ou ameaça de lesão; caráter subsidiário: proteção ao direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

Complementando os requisitos elencados por Moraes, Bahia (2018, p. 29 e 30) apresenta que, além das condições de ação genérica (legitimidade das partes, interesse de agir e pedido juridicamente possível), para que possa se valer do mandado de segurança é necessário atender a outros requisitos. Primeiro, não pode ser caso de nenhum dos demais remédios constitucionais, o que demonstra o caráter residual do mandado de segurança; segundo, direito líquido e certo, comprovado por meio de prova pré-constituída (em regra, documentos); terceiro, ato coator, ato ou omissão de autoridade pública, eivado de ilegalidade ou abuso de poder e o quarto requisito é a tempestividade, caso se trate de mandado de segurança repressivo.

Explanadas as hipóteses de cabimento e requisitos, a legislação ainda prevê algumas hipóteses de não cabimento do mandado de segurança que merecem ser citadas no presente estudo.

Desse modo, o artigo 1º, parágrafo 2º da lei 12.016 de 07 de agosto de 2009 preceitua que “Não cabe mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público” (BRASIL, 2009).

Logo, não é cabível quando se tratar de ato praticado na exploração de atividade econômica, de cunho comercial e que não envolva atividades de interesse público. Importante destacar também, que atos de gestão não são atos administrativos, mas meros atos da administração, sendo desprovidos do requisito da supremacia.

Ainda segundo a lei em comento, em seu artigo 5º, e seus incisos (BRASIL,2009):

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
I- De ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
II- De decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
III- de decisão judicial transitada em julgado.

Vale destacar que, conforme Bahia (2018, p. 31), não há óbice que o interessado abandone a via administrativa para pleitear a tutela judicial. Salientando ainda, que não há necessidade de esgotamento da instância administrativa para a propositura do mandado de segurança, o que seria totalmente inconstitucional.

Oportuno frisar, que não será concedido Mandado de Segurança quando versar sobre feito que seja cabível recurso administrativo ou judicial com efeito suspensivo e de decisão judicial com transito em julgado.

2.1.4 Espécies e Modalidades

“O mandado de segurança pode ser repressivo de ilegalidade ou abuso de poder já praticados, ou preventivo, quando estivermos diante de ameaça a violação de direito líquido e certo do impetrante. ” (LENZA, 2018, p. 1315).

Por conseguinte, denota-se que o mandado de segurança pode ser dividido em espécies, sendo elas, preventiva e repressiva. A primeira espécie ocorre quando há ameaça de lesão, sendo considerada em regra declaratória, pois o juiz limita-se a afirmar que assiste razão ao impetrante, que não poderá ter seu direito ofendido. Já a espécie repressiva acontece após a consumação da lesão.

Salienta-se, que na espécie repressiva há um prazo decadencial para a impetração do presente remédio, conforme artigo 23 da lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado” (BRASIL,2009). Esse prazo não se interrompe e nem suspende, visto que se trata de prazo decadencial.

Ainda é possível classificar o mandado de segurança em modalidades: individual e coletivo.

O mandado de segurança individual retira fundamento do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988, enquanto o mandado de segurança coletivo está previsto no artigo 5º, inciso LXX do mesmo diploma legal (BRASIL, 1988):

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;

Desse modo, a principal diferença entre as duas modalidades, que a Constituição Federal de 1988 apresentou, diz respeito a legitimidade ativa, visto que, na forma coletiva os legitimados defendem interesses alheios em nome próprio enquanto que no individual a própria pessoa lesionada ou ameaçada de lesão impetra a ação.

Outro ponto importante, que a legislação infraconstitucional diferenciou entre as modalidades foi a questão dos direitos protegidos, conforme artigo 21, parágrafo único da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, (BRASIL, 2009):

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:
I- Coletivos, assim entendidos, para efeito desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
II- Individuais homogêneos, assim entendidos para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante

Assim, são tutelados pela modalidade coletiva do mandado de segurança os direitos coletivos e os individuais homogêneos. Conclui-se, desse modo, que os direitos difusos não são objeto deste remédio constitucional.

Bahia (2018, p. 91), ainda destaca que “os requisitos para impetração do Mandado de segurança individual (tempestividade, ato coator, direito líquido e certo) também devem ser preenchidos para a impetração da ação na modalidade coletiva”.

Dessa maneira, fica evidente que essas divisões doutrinárias da matéria, em espécies e modalidades, são de extrema importância, visto que garantem uma melhor e mais fácil compreensão acerca do cabimento do mandado de segurança.

3 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do mandado de segurança e assim verificou-se que esse remédio constitucional é de extrema relevância para o ordenamento jurídico brasileiro na defesa de direitos individuais e coletivos não tutelados por um remédio mais específico.

Esse instituto consolidado pela Constituição Federal de 1934, extinto em 1937 e restabelecido pela Constituição de 1946, permanecendo até a atualidade, passou por diversas modificações e hoje, previsto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional tem o intuito de defender direito líquido e certo lesionado por uma autoridade coatora.

Além disso, com a elaboração deste trabalho, identificou-se os principais requisitos para o cabimento do mandado de segurança, podendo ser destacados, a necessidade de um ato comissivo ou omissivo praticado por uma autoridade coatora, ilegalidade ou abuso de poder, caráter subsidiário, lesão ou ameaça de lesão a um direito líquido e certo.

Ainda foi possível constatar que o mandado de segurança é dividido em espécies; sendo elas, preventiva, que ocorre quando há ameaça ao direito líquido e certo e repressiva, quando já ocorreu a ilegalidade ou abuso de poder. Além desta divisão, ainda se divide o mandado de segurança em modalidades, a saber; individual e coletivo. Na primeira modalidade, a própria pessoa lesionada ou ameaçada de lesão impetra a ação, enquanto que na modalidade coletiva, os legitimados defendem interesses alheios em nome próprio.

Dado o exposto, infere-se que com este estudo foi possível entender e dirimir eventuais dúvidas acerca do mandado de segurança com relação ao conceito, a trajetória desse remédio ao longo das Constituições brasileiras, o cabimento, suas

espécies e modalidades, bem como a sua relevância para o mundo jurídico e para a sociedade brasileira na defesa de muitos direitos garantidos por lei.

5 REFERÊNCIAS

BAHIA, Flavia. **Constitucional Prática**. 11. Ed. S.I. : Juspodivm, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de abr. de 2019.

_____. Lei no 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 30 de abr. de 2019.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 02 de mai. de 2019.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 02 de mai. de 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. S.I.: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, André Luís. O mandado de segurança individual. **Âmbito Jurídico**, fev. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3527>. Acesso em 16 mai. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.