

MANDADO DE SEGURANÇA: EXCEÇÃO À PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES

Doutorando pela PUC Minas. Professor do curso de Pós-Graduação
Lato Sensu em Direito pela FIC, pela FCJ Diamantina-MG
e pelo Curso Maurício Trigueiro.

1. Introdução

Este comentário à jurisprudência tem como objetivo rediscutir uma peculiaridade do mandado de segurança: a de que, em regra, para demonstração de direito líquido e certo, a prova deve ser pré-constituída, pois o procedimento não admite uma extensão probatória. No entanto, essa regra é mitigada, isto é, admitem-se exceções, das quais trata este artigo, como se visualizará abaixo. Portanto, a análise deste trabalho será apenas dogmática.

2. Jurisprudência escolhida

A ementa elegida para discussão:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.237451-2/001 - COMARCA DE IPATINGA - APELANTE(S): LÉLIA ADRIANE DOS REIS FERNANDES - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO IPABA - AUTORID COATORA: PREFEITO MUN IPABA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO
DECISÃO
Data da decisão: 17/04/2008. Data da publicação: 23/04/2008
O SR. DES. ALMEIDA MELO:

EMENTA: mandado de segurança. Sentença de indeferimento da petição inicial com fundamento de mérito. É inviável o indeferimento de petição inicial de mandado de segurança mediante fundamento de natureza meritória, consistente na falta de prova dos fatos e do direito, especialmente quando requerida, pelo impetrante, a ordem de exibição de documentos prevista no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51¹. Cassa-se a sentença.

¹ Igualmente estabelece o conteúdo do art. 6º da Lei nº 12.016/2009.

Outros precedentes jurisprudenciais serão abordados no decorrer do texto, inclusive acórdãos análogos para uma melhor compreensão dos assuntos aqui articulados.

Sabe-se que a ação de mandado de segurança não comporta dilação probatória. A prova deve ser pré-constituída. Não se admite extensão probatória em face da celeridade do trâmite procedimental imposto ao mandado de segurança. *Nesse sentido, os julgadores têm indeferido quaisquer tentativas de juntada de documentos endoprocedimental.* Entretanto, pode-se apontar uma exceção: quando os documentos encontram-se em poder da administração pública. Parece que o legislador (o povo, através dos seus representantes membros do legislativo), sensível à possibilidade de existirem obstáculos, como a recusa de prestação de informação ou morosidade por parte da administração pública, excepcionou a regra da produção probatória no *iter* procedimental do *writ*.

Muitas vezes a parte interessada fica “refém” do estabelecimento ou autoridade pública ao elaborar um pedido de informações (direito de certidão) para obter uma certidão para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. É cediço que o estabelecimento ou autoridade pública corriqueiramente *cria entrave*. A administração pública mantém-se inerte diante do pedido ou o atende de forma morosa; situação que pode provocar prejuízos para a parte solicitante, por exemplo, a indispensabilidade das informações para elaborar o mandado de segurança (confeção da petição mandamental) ou para provar o alegado. Outro prejuízo imediato consiste na perda do prazo decadencial para impetração de mandado de segurança, prazo de 120 dias (art. 18 da Lei nº 1.533/51 e art. 23 da Lei nº 12.016/09)², para ajuizá-lo, caso o solicitante fique aguardando a certidão além do prazo citado.

Nota-se que a obtenção de certidão em repartições públicas é um dos direitos individuais assegurados pela Constituição da República (CR), em seu art. 5º, inc. XXXIV, “b”, que estabelece expressamente:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

[...]

XXXIV – são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. (grifo nosso).

² Súmula 632 do STF.

As certidões são para defesa e esclarecimentos de situações requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica. É curial destacar que na solicitação extrajudicial (direito de certidão) devem constar a finalidade e a necessidade da certidão, demonstrando o interesse e a utilidade da certidão, ou como dito por Alexandre de Moraes (2007, p. 193), o *legítimo interesse*. Apesar de o art. 5º, XXXIV, “b”, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) não estabelecer nenhum pressuposto ou condição para o exercício de direito às certidões, a Lei nº 9.051/95 em seu art. 2º³ condiciona [sic] o exercício do direito constitucional de certidão a demonstração dos fins e razões do pedido. Mais uma vez a norma constitucional encontra-se restrita por uma norma infraconstitucional, como aconteceu com as condições da ação em face do exposto no art. 5º, XXXV, CF/88. O importante, em linhas rápidas, é apontar que a omissão constitucional de qualquer requisito ao direito de certidão não autoriza a criação de restrições a um dos direitos fundamentais, ainda mais por norma hierarquicamente inferior, a não ser que a(s) restrição(ões) advenha(m) da própria Constituição. Por outro lado, coloca-se que o art. 5º, § 1º, CF/88 aponta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Importa afirmar que a norma infraconstitucional deve variar de acordo com a Constituição. A existência de limitadores a esse direito humano fundamental é inconstitucional. Essa exigência pode se tornar paradoxal, pois muitas vezes a parte interessada necessita das informações para saber qual a providência que deseja pleitear; antes delas existem apenas meras *conjecturas ou probabilidades*. Logicamente que o direito de certidão não é absoluto, pois a própria constituição impede as informações que possam prejudicar o direito à intimidade, conforme se lê do inciso X, do art. 5º: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Cabe destacar que a inércia da administração pública – inexistência de resposta no prazo legal⁴ de 15 dias – pode acarretar sérios prejuízos para a parte interessada, que necessita das informações para saber qual a medida adequada para solucionar o impasse com essa administração pública. Como exemplo, pode-se citar o caso de interessado que tem ciência de contratação precária para o cargo que foi aprovado, em plena vigência do concurso público, não sendo o interessado sequer nomeado ou empossado. É interessante perceber que a situação aqui exposta, por si só, possibilitaria a impetração de mandado de segurança para assegurar o direito de certidão garantido pela Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXIV, alínea “b”.

³ Art. 2º: “Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.”

⁴ Art. 1º da Lei. nº 9.051/95: “As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.”

Nota-se que a utilização do mandado de segurança seria “[...] para garantir o respeito à transparência documental (direito de certidão: art. 5º, XXXIV, “b”, da CF/88)”. (ALMEIDA, 2007, p. 531).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou sobre a obrigatoriedade da expedição das certidões, no seguinte contexto:

A garantia constitucional que assegura a todos a *obtenção de certidões* em repartições públicas é de natureza individual, sendo obrigatória a sua expedição quando se destina à defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal do requerente. Tal garantia não pode ser invocada por advogado que pretende obter cópia de procedimento disciplinar instaurado contra servidor do qual não detém mandato de patrocínio. (6ª T. – RMS n. 3.735-5-MG – rel. Min. Vicente Leal – Ementário STJ, 15/2003).

Como a parte interessada deve observar o prazo decadencial para interposição do mandado de segurança, o melhor seria solicitar as informações no próprio mandado de segurança amparado no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/53 (LMS), lei *revogada pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. A despeito da revogação da Lei nº 1.533/53, o mesmo conteúdo continuou a ser regulamentado pelo art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/2009. O que é importante destacar como ressalta Almeida (2007, p. 539): “[...] o mandado de segurança poderá ser impetrado *sem que a prova pré-constituída* esteja acompanhando a inicial.” (grifo nosso).

Como o *impetrante não possui outros meios para conseguir as aludidas certidões, e como os meios possíveis foram tentados* no pedido extrajudicial (direito de certidão) agora, resta, a medida judicial (art. 5º, XXXV, CF/88).

Em face do princípio dos aproveitamentos dos atos processuais e do princípio da economicidade coadunado com o da celeridade (princípio da duração razoável do procedimento, art. 5º, LXXVIII, CF/88), entendemos que a parte interessada deve interpor o mandado de segurança não para assegurar apenas o direito de certidão *negado*, mas para reivindicar o direito que desejaria demonstrar através das informações que se encontram de posse da administração pública. Verifica-se que a própria lei que regulamentava o mandado de segurança, Lei nº 1.533/51, art. 6º, parágrafo único, e a *nova lei* admitiam e admitem essa providência. O julgador que persistir em negar as informações pleiteadas fará o mesmo que reconhecer a inaplicabilidade do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/2009, nova lei que regulamenta o mandado de segurança.

Trata-se de informações que o impetrante não poderia obter sem a devida certidão. A existência de uma tentativa *extrajudicial* do impetrante serve como prova da recusa em expedir as respectivas informações.

Com a nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009), a medida antes prevista no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51 permanece compatível com o objetivo desse instrumento e com o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), respeitando o prazo decadencial⁵ do mandado de segurança, coadunado com os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas.

O prazo decadencial para o mandado de segurança, coadunado com os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas

Apesar de a Lei nº 1.533/51 ter sido revogada, o conteúdo do artigo 6º, parágrafo único, continua em vigor, já que a redação da nova Lei nº 12.016/2009, no seu art. 6º, §§1º e 2º, reproduziu os dizeres do artigo revogado. *Assim, em nada se altera o conteúdo da jurisprudência e doutrina aqui apresentado.*

A doutrina explica a necessidade das certidões e a aplicação do art. 6º, parágrafo único, da Lei do Mandado de Segurança:

Se na inicial houver pedido de requisição de documentos, e for caso de deferimento, o juiz ordenará, preliminarmente, a exibição dos originais ou o fornecimento de certidões ou de cópias autenticadas, dentro de dez dias, e, após sua apresentação, ordenará a notificação e as intimações devidas; se os documentos estiverem em poder do próprio coator, a requisição será feita com a notificação (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pela Lei nº 4.166/62). (MEIRELLES, 2007, p. 79-80, grifo nosso).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) manifestou-se sobre aplicabilidade do art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, cassando inclusive a decisão que indeferiu da peça inicial com fundamento de mérito, isto é, ausência de prova documental quanto às alegações exteriorizadas:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.237451-2/001 - COMARCA DE IPATINGA - APELANTE(S): LÉLIA ADRIANE DOS REIS FERNANDES - APELADO(A)(S): MUNICÍPIO IPABA - AUTORID COATORA: PREFEITO MUN IPABA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO
DECISÃO
Data da decisão: 17/04/2008. Data da publicação: 23/04/2008
O SR. DES. ALMEIDA MELO:

EMENTA: mandado de segurança. Sentença de indeferimento

⁵ Cabe esclarecer que o excesso prazo na impetração do *mandamus* não resulta na aplicação do art. 269, IV, do CPC, não há resolução de mérito por pronunciamento de decadência. Trata-se de uma prerrogativa processual, conforme defende Eduardo Sodré (2007, p. 112). O reconhecimento da decadência impede apenas a utilização do mandado de segurança, mas não impede o uso de outro procedimento (ação) adequado. Não há que falar em coisa julgada. Nesse sentido encontra-se a Súmula 304 do STF.

da petição inicial com fundamento de mérito. É inviável o indeferimento de petição inicial de mandado de segurança mediante fundamento de natureza meritória, consistente na falta de prova dos fatos e do direito, especialmente quando requerida, pelo impetrante, a ordem de exibição de documentos prevista no parágrafo único do art. 6º da Lei nº 1.533/51. Cassa-se a sentença.

Verifica-se que a Lei nº 12.016/2009, art. 6º, §§1º e 2º, permite que essa providência *no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público*, sendo desnecessário, data vênica, solicitar um mandado de segurança inicial (para garantir a transparência documental) para apenas após a obtenção da informação-certidão impetrar um novo mandado de segurança (por exigência de prova pré-constituída) para expurgar a lesão ou ameaça a direito provocada pela administração pública.

Assim estabelecia o art. 6º, parágrafo único (Lei nº 1.533/51):

Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda. Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, *preliminarmente*, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de (10) dez dias. *Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.* O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (Redação dada pela Lei nº 4.166, de 1962). (grifo nosso).

Igualmente estabelece o art. 6º da *nova lei* (Lei nº 12.016/2009):

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º 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.

§ 2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a *ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação*. (grifo nosso).

Cabe apontar que a prova pré-constituída não é absoluta. Como preleciona Eduardo Sodré (2007, p. 102), os “[...] documentos que se encontram em repartição pública ou em poder da autoridade impetrada podem ser requisitados pelo magistrado sem prejuízo para liquidez e certeza do direito perseguido e, conseqüentemente, do processamento do *writ*”.

Repita-se: existe dispositivo legal que admite essa providência no próprio mandado de segurança. A negativa à aplicação do art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009 representaria um desrespeito e uma *inaplicabilidade de dispositivo de lei federal*, transformando-o em letra morta. Essa situação é passível de impugnação pelo recurso especial por contrariar lei federal, ou negar-lhe vigência, consoante se lê do art. 105, III, a, da CF/88.

O fato de a administração pública simplesmente manter-se inerte ou recusar atender o pedido de informações representa uma violação também ao princípio constitucional da ampla defesa (*vida*) (LEAL, 2008, p. 261) por obstar acesso aos meios de provas para *defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal*, além de tratar-se de um direito fundamental (direito de certidão) assegurado pela norma constitucional (art. 5º, XXXIV, “b”), passível de recurso extraordinário.

Portanto, apesar de o mandado de segurança não comportar cognição, isto é, não possuir fase probatória, sendo indispensável a comprovação do direito líquido e certo no ato da sua interposição, pode-se, em face do princípio da celeridade coextenso ao da duração razoável do procedimento e da eficiência (art. 37 CF/88), fazer o pedido no próprio *writ*, conforme inteligência que se extrai do dispositivo legal do art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009, independentemente da existência de qualquer documento, principalmente se a fonte probatória da alegação encontra-se de posse de outrem. Assim, basta o impetrante comprovar a tentativa da solicitação das informações com a recusa ou inércia da administração pública.

Entende-se que a cópia do pedido extrajudicial de certidão ou informação pode ser instruída no mesmo ato da impetração do mandado de segurança, a fim de demonstrar que a parte interessada tentou obter as informações que estavam de posse da administração pública, porém sem êxito. Assim o julgador deverá deferir o solicitado com base no disposto no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009. Não se aplica a exigência da prova pré-constituída, repita-se, se tal prova se achar em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-la por certidão.

O STJ entende que, para aplicar o disposto no artigo *supra* citado, o impetrante deve comprovar a recusa da autoridade coatora em exibir o solicitado:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXIGÊNCIA. ÔNUS DO IMPETRANTE. POSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO ORDENADA POR OFÍCIO DO JUIZ.

ART. 6º, § ÚNICO DA LEI Nº 1.533/51. AUSÊNCIA DE ELEMENTO COMPROBATÓRIO DE RECUSA DA AUTORIDADE COATORA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. Neste contexto, compete aos impetrantes juntar os documentos essenciais para o deslinde da questão.

II - O art. 6º, parágrafo único da Lei nº 1.533/51 prevê a possibilidade de o juiz ordenar, por ofício, a exibição de documento necessário a prova do alegado, nas hipóteses em que houver recusa da Administração. *In casu*, não há qualquer elemento nos autos que comprove a eventual recusa da Autoridade indicada como coatora.

III - Agravo interno desprovido.⁶

O difícil será comprovar a recusa da administração pública quando ela simplesmente mantém-se inerte. Daí, ao nosso entender, basta juntar o pedido feito extrajudicialmente com o devido protocolo para viabilizar a providência almejada. A inércia da administração pública em responder no prazo legal é prova mais do que suficiente. Não se pode exigir do impetrante a comprovação de uma recusa quando simplesmente, pelo descaso da autoridade pública, não existe ou não foi apresentada a informação em tempo hábil, isto é, no prazo legal. A possível alegação de que as informações foram prestadas, porém após a impetração do mandado de segurança, não impede que as informações intempestivamente prestadas pela administração pública sejam anexadas aos autos do *mandamus*, quando existir respectiva solicitação na inicial com essa providência. A alegação de que no mandado de segurança não admite extensão probatória ficaria abrandada no caso citado. O fato é que o impetrante não tinha essas informações na data da interposição, apesar de existir um pedido extrajudicial não atendido. Não se pode esperar a boa vontade da administração pública eternamente. Ademais, como existe prazo legal para responder o solicitado, a inércia da administração pública em prestar as informações/certidões cominada com o transcurso do prazo legal para responder caracteriza uma recusa.

Nesse contexto, solicitadas as informações com base no art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009 (LMS), sendo espontaneamente atendidas, basta à parte interessada requerer a juntada nos autos do processo.

⁶ STJ, AgRg no MS 10314 / DF, 2005/0008369-5. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 28/09/2005, DJ, 17/10/2005, p. 173.

Observa-se que a providência do art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 12.016/2009 (LMS) é inadequada quando as informações documentais, as quais a administração pública se recusou a fornecer, forem indispensáveis para a elaboração da própria peça – sem esses dados a parte interessada não poderia elaborar o próprio mandado de segurança (causa de pedir). A solução assinalada por Almeida (2007, p. 539-540) seria “[...] ajuizar a medida cautelar de exibição de documento prevista nos arts. 844 e 845 do CPC”. Outra providência já abordada seria a utilização de mandado de segurança para garantir o direito fundamental de obter certidões em repartição pública (art. 5º, XXXIV, “b”, da CF/88).

Por fim, cabe realçar a possibilidade de a parte interessada juntar provas ligadas à causa de pedir que surjam após a impetração do *mandamus*. Trata-se de direito superveniente que influencie no julgamento da lide (art. 462 do Código de Processo Civil). Podemos citar como exemplo hipotético, além do retro comentado, o fato de existirem candidatos aprovados em concurso ainda não nomeados ou empossados e, dentro do prazo de validade do concurso surgir novo certame para as mesmas vagas do anterior. O candidato aprovado no primeiro concurso impetra um mandado de segurança com pedido liminar. O julgador indefere a liminar alegando o não preenchimento de um dos requisitos para conceder a liminar, qual seja, *periculum in mora*. Dois dias após, a administração pública homologa o segundo concurso e nomeia os aprovados no segundo certame, dentro do prazo de validade do concurso (art. 37, IV, CF/88). Esse ato praticado pela administração pública posteriormente ao ajuizamento de mandado de segurança materializou o requisito entendido pelo juiz como faltante, o perigo da demora jurisdicional, facultando à parte juntar o documento novo para viabilizar o pedido liminar, seja através de pedido de reconsideração ou agravo de instrumento (art. 525, II, c/c art. 517 e art. 527, V, ambos do CPC, art. 7º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

Cabe destacar que, por força do princípio do contraditório e da ampla defesa, após a prestação das informações pela autoridade coatora, oportunizada a manifestação pelo Ministério Público, o impetrante poderá usar sua liberdade de manifestar sobre os documentos juntados e as informações prestadas pela contraparte. Isso se ressalta ainda mais quando o documento ou informação da autoridade coatora refutar diretamente o pretendido pelo impetrante; aqui a interpretação é pela aplicabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois eles são normas jurídicas (princípios e regras) (CHAVES, 2004). A interpretação infraconstitucional deve passar não apenas pelas regras mas também pelos princípios.

Registra-se que a prova não poderá ser vista como mera liberalidade do magistrado, como se extrai do art. 131 do CPC, “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos [...]”. Cumpre-se colocar que a prova produzida nos autos será objeto do contraditório, de forma dialógica, isto é, deve ser posta em debate através do contraditório, de forma que o magistrado não extraia dos autos provas não alegadas pelas partes. “A prova é fator de visibilidade da argumentação jurídica”. (LEAL, 2004, p. 187).

Falar em livre apreciação ou provas não alegadas pelas partes é admitir que tais provas não passaram pelo contraditório ou não foram observados os meios legalmente previstos para sua obtenção.

As provas objetivam reconstruir os fatos alegados pelas partes, assim, “[...] ao juiz não seria dado reconhecer a existência de um fato que não foi objeto da prova (entendida, essa, conforme se afirmou, como instituto jurídico garantidor da dialogicidade na reconstrução dos fatos), porque tal lhe tornaria ilegítima a sentença”. (LEAL, 2002, p. 107).

Inferese que através do procedimento democrático, com participação dialética das partes, respaldados pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, que a prova será produzida. Caso contrário, não há que se falar em prova, pois ela pertence à estrutura do procedimento, e este é assegurado pelo devido processo legal.

Rosemiro Pereira Leal fornece pontos importantes para essa compreensão quando acentua que:

[...] o objeto do *instituto da prova* é a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incisos IX e X, da CR/88) do *provimento* (ato decisório), não sendo, portanto, o ‘fato’ que, como vimos, é tão-somente *elemento* de prova. Também, por igual argumento, o destinatário da prova não é o juiz, mas o *juízo* (órgão jurisdicional estatal) a quem cabe valorizá-la em nome da valoração [...]. (LEAL, 2002, p. 183).

3. Conclusão

Dessa forma, não se pode ter a idéia radical de que o mandado de segurança apenas admite prova pré-constituída. Devem-se observar as peculiaridades do caso concreto e os dispositivos legais existentes. A própria lei que regula o mandado de segurança abranda a exigência de prova pré-constituída. Admite-se a possibilidade de ser impetrado *sem que a prova pré-constituída* esteja acompanhando a inicial, consoante se lê do art. 6º da Lei nº 12.016/2009.

Referências:

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual*: coletânea de artigos. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *mandado de segurança*. 30 ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de Segurança. In: DIDIER JR. Fredie. (Org). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.