

José Henrique Mouta Araújo

MANDADO DE SEGURANÇA

revista,
atualizada e
ampliada | **8^a**
Edição

2021

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 2

O MANDADO DE SEGURANÇA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

SUMÁRIO • 1. MS como tutela jurisdicional diferenciada com cognição restrita; 2. A formação de procedimento especial sincrético.

Após a breve apresentação da evolução histórica do mandado de segurança, é mister enfrentar sua localização na estrutura da teoria geral do processo.

Nesse fulgor, será necessário abordar a formação do processo e do procedimento, para posteriormente enquadrar o mandado de segurança como ação civil de conhecimento, com procedimento especial sincrético.

1. MS COMO TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA COM COGNIÇÃO RESTRITA

Elemento introdutório da mais elevada importância para o enfrentamento da localização do mandado de segurança refere-se ao conceito de *cognição judicial* e a sua influência na formação dos procedimentos.

A análise da teoria geral do processo e do CPC/2015 indicam que o processo de conhecimento pode tramitar pelo procedimento comum ou especial¹. Um dos elementos que corrobora para a chamada crise do poder judiciário refere-se exatamente à chamada ordinarização do procedimento.

Destarte, a ordinarização procedimental é um peso elevado que pode, muitas vezes, acabar fulminando o direito material que está sendo nele discutido. Ovídio Baptista da Silva apresenta observações importantes sobre o assunto, ao assentar que:

O *pathos* da ordinariedade, como a doutrina brasileira o concebe, tem um compromisso muito claro com o pesado tributo que o direito e as ciências sociais em geral prestam à metodologia das ciências experimentais, ou puramente lógicas, como a matemática, na medida em que, universalizando-se técnicas e soluções procedimentais, o que na

1 Houve, pelo CPC/15, a extinção do procedimento sumário previsto na legislação processual anterior (CPC/73), sendo cabível para as demandas judiciais de conhecimento, o procedimento comum e especial (art. 318 do CPC/15).

verdade se faz é buscar as “uniformidades” de que se nutrem as ciências naturais e as ciências lógicas, quando para o direito o que realmente interessa – na hora em que se haverá de tratar do conflito no plano jurisdicional – não são as identidades genéricas que fazem com que todos os homens sejam iguais, mas precisamente o contrário.²

Com isso, percebe-se que a tendência de alcançar maior efetividade à prestação jurisdicional passa pela reflexão e incentivo à formação de procedimentos com base em cognição restrita³ ou pronunciamentos pautados em cognição sumária (*como nas tutelas provisórias de urgência – cautelar ou antecipada – art. 294, parágrafo único, do CPC/2015*).

Em relação ao primeiro, destaca-se a permanência, mesmo após a mudança da legislação processual, de procedimentos especiais com restrição cognitiva (*com o mandado de segurança e as ações possessórias*) ou, pelo menos, deixando a cognição ampla condicionada a conduta do demandado, como ocorre, *v.g.*, na ação monitória (art. 702, do CPC/2015)⁴ e na tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 303 e 304, do CPC/2015)⁵.

2 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *A plenitude da defesa no processo civil*. In *As garantias do cidadão na justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Org.). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 164.

3 Necessário salientar que Luiz Guilherme Marinoni aponta, no que respeita à cognição no sentido vertical, também a chamada cognição superficial, sendo a menos aprofundada daquela, própria dos juízos de verossimilhança. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 25).

4 Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina identificam a “franca tendência no sentido da proliferação de modalidades de tutela fundadas em cognição judicial limitada, no plano horizontal ou vertical”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. Revista de Processo. São Paulo, 2003, p. 87).

5 Uma das grandes novidades do CPC/15 é a estabilização da tutela antecipada requerida de forma antecedente, que poderá ocorrer caso o réu não interponha recurso contra a referida ordem judicial (art. 304). No âmbito do STJ, contudo, existe precedente admitindo que a contestação impede a estabilização (3ª Turma) e outro consagrando que apenas o recurso impede a estabilização (1ª Turma). Vale transcrever as ementas: “RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. 2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. 2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual. 3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no

Nesses dois casos, a *monitorização* (ampliação cognitiva) depende de conduta do réu o que, pelo menos em tese, pode significar alguma abreviação do tempo no processo. No tema, a 3ª Turma do STJ entendeu que:

“na ação monitória, o contraditório é exercitado de modo diferido, por meio do oferecimento de embargos, momento em que o magistrado passa a exercer cognição plena e exauriente acerca da presença ou não dos pressupostos necessários à concessão de eficácia executiva ao mandado expedido *initio litis*” (REsp 1783253/SP – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – 3ª T – J. em 06/08/2019 - DJe 13/08/2019).

Mister destacar, por oportuno, que os procedimentos especiais normalmente procuram estabelecer maior celeridade à prestação jurisdicional, considerando que restringem o *thema decidendo*. Basta, para isso, mais uma vez, lembrar do mandado de segurança ou da desapropriação, em que é vedada maior dilação probatória e alegações envolvendo nulidade do decreto, respectivamente.

O CPC/15 tem, como um de seus principais alicerces, o estímulo às tutelas provisórias e a satisfação mediante procedimento sincrético, o que atinge também o mandado de

référé do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. 3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim. 3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença" (REsp 1760966 / SP – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze - - 3ª T – J. em 04/12/2018 – DJe 07/12/2018 - REVPRO vol. 292 p. 437 - RSTJ vol. 253 p. 485). "PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido" (REsp 1797365 / RS – Rel. Min. Sérgio Kukina – Rel. para acórdão Min. Regina Helena Costa – 1ª T – J. em 03/10/2019 – DJe 22/10/2019 - RB vol. 662 p. 229).

segurança. Aliás, o legislador processual procurou fazer uma fusão entre os antigos procedimentos ordinário e sumário, com técnicas de aproximação previstas, nos dias atuais, para o procedimento comum (único), como, *v.g.*, a concentração da defesa e o encerramento da autonomia procedimental da reconvenção.⁶

De outro prisma, neste novo momento processual, destaca-se o papel do juiz, sabedor de sua função social na efetivação do direito material deduzido em juízo, inclusive, evitando manobras protelatórias e maior efetividade de suas decisões. José Carlos Baptista Puoli apresenta importante ensinamento sobre a necessidade de solucionar os conflitos, assegurando a quem de direito o que faz jus. De acordo com suas lições:

No que toca aos poderes do Juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio. Fala-se da consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade desempenhada pelo Juiz também tem em vista a necessidade de impor e fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os conflitos ocorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos. A compreensão desta característica marca o início da visão publicista do processo a qual, em que pese sua importância, não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente.⁷

Contudo, visando buscar a efetividade da prestação jurisdicional, a solução não passa somente pelo maior incentivo às técnicas de cognição restrita (parcial) no aspecto horizontal.

O mandado de segurança, a rigor, refere-se a técnica de cognição restrita e com tutela provisória liminar. Em última análise, trata-se de tutela jurisdicional diferenciada nos planos horizontal e vertical.

Aliás, o tema “tutela jurisdicional diferenciada” não é novo na doutrina processual,⁸ sempre apresentando preocupação no que respeita à implementação de técnica visando à tempestividade do pronunciamento judicial, objetivando a real e efetiva tutela do direito.

Contudo, antes de se enfrentar as “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, se deve discutir o que significa a expressão “tutela jurisdicional” dentro da sistemática processual. Para Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, a mesma tem sinônimo de “prestação jurisdicional”,

6 Reconvenção deixou de ser peça autônoma para ser capítulo da contestação (art. 343, do CPC/15).

7 PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 21.

8 “É possível conceituar a tutela jurisdicional diferenciada como o conjunto de instrumentos e modelos para fazer o processo atuar pronta e eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica”. LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

Capítulo 3

POLÊMICAS EM TORNO DO CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO PARA FINS DE MANDADO DE SEGURANÇA

SUMÁRIO • 1. O Direito líquido e certo é condição da ação, pressuposto processual ou o mérito do mandado de segurança? 2. Decadência no mandado de segurança – a decisão que a decreta e seus limites – simples declaração prejudicial e aproveitamento do prazo; 3. A coisa julgada no mandado de segurança – O cabimento de ação rescisória – a correta interpretação da legislação e das súmulas; 4. Rescisória e sentenças de carência de ação – o caso específico do MS e a teoria da asserção.

1. O DIREITO LÍQUIDO E CERTO É CONDIÇÃO DA AÇÃO, PRESSUPOSTO PROCESSUAL OU O MÉRITO DO MANDADO DE SEGURANÇA?

A resposta a esta indagação não é das mais simples, pelo que devem ser enfrentadas algumas situações distintas envolvendo o MS: a) denegação da segurança por falta de provas do direito líquido e certo ou por qualquer causa de extinção sem resolução de mérito (art. 485 do CPC/15); b) inexistência de direito líquido e certo, em decorrência da legalidade do ato impugnado e c) decadência do prazo para impetração do *mandamus*.

Antes de se enfrentar a solução de cada uma das hipóteses, cumpre destacar o que a doutrina e jurisprudência pensam a respeito do assunto.

Na doutrina, existem posicionamentos defendendo que o direito líquido e certo é condição da ação¹. Cassio Scarpinella Bueno leciona que:

“Direito líquido e certo não deve ser entendido como ‘mérito’ do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma *condição da ação* do mandado de segurança, assimilável ao *interesse de agir* e

1 Há ainda os que afirmam ser condição específica do mandado de segurança. Como bem esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier: “cumpre, ainda, lembrar que existe uma categoria a que os autores costumam chamar de ‘condições específicas’ de ‘determinadas’ ações. Não se confundem com as condições da ação que, tradicionalmente, têm sido estabelecidas pela doutrina, a que alude de forma expressa a nossa lei, nem com os pressupostos processuais. Integram esta categoria, por exemplo, a *locação comercial* em relação à *ação renovatória de locação* (Decreto 24.150); o *direito líquido e certo*, provável de plano, em relação ao *mandado de segurança* (Lei 1.533/51); a *notificação* em relação à *ação de rescisão do compromisso de compra e venda* (Dec.-lei 745/69) e outros similares”. *In Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 51 e 51.

que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis”².

Já Leonardo Greco afirma que o direito líquido e certo é pressuposto processual objetivo, ao aduzir que:

“O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação ao procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a busca através da via do mandado de segurança”³.

Particularmente, deve-se ressaltar que, dependendo do momento processual analisado, o direito líquido e certo poderá ser condição da ação⁴ ou mérito do mandado de segurança.

Com efeito, o direito líquido e certo existirá quando os fatos não dependerem de (maior) instrução probatória⁵⁻⁶; logo, se o caso concreto ensejar tal fase processual, estar-se-

2 *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 13 e 14. Em outra passagem, o Professor Paulista aduz que “havendo apreciação do mérito do mandado de segurança, reconhecendo-se ou não a existência do direito afirmado violado ou ameaçado pelo impetrante (a existência, ou não, da ilegalidade ou da abusividade do ato coator), essa decisão fará coisa julgada material”. *Idem, Ibidem*, p. 136.

3 *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.

4 O CPC/15 retirou a *possibilidade jurídica do pedido* da categoria das condições da ação, permanecendo apenas o interesse e a legitimidade (art. 17, do CPC/15). Aliás, existem posicionamentos contrários à permanência da categoria das condições da ação a partir do advento do NCP. Entende Fredie Didier Júnior, por exemplo, que “a legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes”. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 17ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 305. Ainda em relação ao tema (permanência ou não da categoria das condições da ação), vale a pena a leitura dos seguintes trabalhos: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Será o fim da categoria ‘condições da ação’? Uma intramissão ao debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara*. Revista de Processo. São Paulo: RT, agosto/2011, v. 198, pp. 227-235; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior*. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho/2011, v. 197, pp-261-269. Em relação ao debate, posicione-me favoravelmente a permanência das condições no sistema processual decorrente do NCP, aderindo as razões apresentadas por Alexandre Câmara no ensaio aqui citado. De toda sorte, no âmbito do mandado de segurança, a discussão acerca do direito líquido e certo transita entre o interesse processual e o próprio mérito.

5 Não se deve olvidar que há instrução probatória no *mandamus*, considerando a natureza das informações como elemento de prova. Aliás, em alguns casos há instrução probatória não apenas em relação às informações, como bem esclarece Sérgio Ferraz ao aduzir que “É comum se afirmar que não existe dilação probatória no mandado de segurança. Não me parece que seja bem assim. Eis alguns exemplos de exceções a essa regra tão peremptória. Em primeiro lugar, se a autoridade coatora juntar às suas informações documentos, é impossível que o juiz sentencie sem dar vistas destes documentos à parte contrária. Segundo, se a parte não detém documentos quando impetra o mandado de segurança e, estando eles em mãos da administração pública, é possível a impetração do mandado de segurança sem prova pré-constituída. Neste caso, de acordo com o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1533/51, o juiz determinará à autoridade coatora que apresente estes documentos em juízo”. Em seguida, conclui: “assim, esta idéia de que o mandado de segurança não permite em caso algum dilação probatória precisa ser examinada com alguma cautela, evitando-se generalizações. Não é algo que possa ser dito como verdade absoluta e imutável. As circunstâncias é que ditarão qual a regra a ser observada, até mesmo em função do princípio do contraditório e do devido processo legal”. *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coords). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 141. A nova LMS mantém a possibilidade de dilação (art. 6º, § 1º), com ordem de exibição do documento comprobatório do direito líquido e certo do impetrante, no prazo de 10 dias. Se o documento estiver com a autoridade coatora, a ordem de exibição far-se-á na própria notificação (art. 6, § 2º, da nova LMS).

6 “O que caracteriza o mandado de segurança é a exigência da prova liminar do fato. Não existem prazos nem dilatações probatórias, não deve o impetrante voltar a falar no processo rápido, escoimado de dilatações

-á diante de falta de condição da ação⁷, razão pela qual deverá ser extinto o processo sem resolução de mérito⁸.

Aliás, nesse sentido, vale a pena citar as seguintes decisões, que bem esclarecem a situação ora observada:

“Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Condição especial. Carência do direito. Extinção do processo. Cf., art. 5º, LXIX, CPC, artigo 267, VI. 1 – O direito líquido e certo é condição especial da ação de mandado de segurança, estabelecida na Constituição federal art. 5º, LXIX. Desfigurada, carecendo o impetrante do direito de ação, contempla-se a extinção do processo. 2 – Recurso sem provimento (STJ – RMS 12.636 – 1ª Turma. Data do Julgamento: 02/05/2002. Diário de Justiça de 01/07/2002. Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

“Coisa julgada. Sentença anterior que não examinou o mérito da causa. Inocorrência. Decadência. Alegação improcedente. 1. Não é cabível o reconhecimento da coisa julgada, uma vez que a sentença anteriormente proferida indeferiu a petição inicial do mandado de segurança nos termos do artigo 8º da Lei 1.533/51, por entender que não era o caso de mandado de segurança em razão da necessidade de dilação probatória, não tendo, portanto, examinado o mérito da causa (CPC, arts. 267, V; 301, VI; 467 e 468). 2. Não há constituição de qualquer crédito tributário sujeito à decadência, porquanto se trata de imposição de pena autônoma de perdimento de bem nos termos dos artigos 239 e 240 do Regulamento Aduaneiro (aprovado pelo Decreto 91.030/85), 105, inciso XIII, do Decreto-Lei 37/66 e 23, inciso IV, do Decreto-Lei 1.455/76, ou seja, de bem internado por diplomata e sujeito à pena de perdimento na hipótese de transferência não autorizada a terceiro. 3. Apelação provida para afastar o reconhecimento da coisa julgada, mas no mérito, indeferida a segurança (TRF 1ª Região – Apelação em mandado de segurança – Processo: 199901001168385/DF 2ª Turma Suplementar. Data da decisão: 15/10/2002. Rel. Juiz Leão Aparecido Alves (CONV.). DJ de 21/11/2002, p. 79).

Por outro lado, não se deve olvidar que, em alguns casos, a decisão é no sentido de que inexistente violação a qualquer direito do impetrante, considerando a legalidade da conduta impugnada judicialmente. Assim, nos casos de inexistência de ato violador à direito líquido

desnecessárias, permitindo ao julgador uma análise rápida dos fatos de que decorram a relação jurídica, fundamento do pedido”. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Do mandado de segurança. 5ª edição RJ: Freitas Leite, 1966, p. 86.

- 7 Como bem observam Bruno Garcia Redondo, Guilherme Peres de Oliveira e Ronaldo Cramer: “se o impetrante puder demonstrar, *em tese*, a existência de ato ilegal ou abusivo por meio tão somente das provas anexadas à petição inicial, sem necessidade de dilação probatória, ele tem ‘direito líquido e certo’ e, por conseguinte, faz jus ao julgamento do mérito da ação mandamental. Assim, o ‘direito líquido e certo’ é condição da ação do mandado de segurança, na espécie interesse processual (o mandado de segurança é a via judicial adequada para quem tem direito líquido e certo) e não pode ser confundido com a existência *efetiva* do ato ilegal ou abusivo, o que somente é apreciado pelo juiz no plano no mérito”. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, pp. 35-36.
- 8 Por essa razão que o art. 6º, § 6º, da Lei 12.016/09 permite a renovação do pedido de mandado de segurança, dentro do prazo decadencial, se a decisão que denegar a ordem não lhe houver apreciado o mérito. Já o art. 19 assegura o direito ao manejo de ação própria, quando a decisão do MS não houver apreciado o mérito. Aliás, a possibilidade de renovação é assegurada nas demais hipóteses contidas no art. 485 do CPC/15, *ex vi* art. 6º, § 5º, da LMS.

e certo, já não se estará diante de condição da ação, mas do próprio mérito do mandado de segurança⁹.

Assim, nesses casos de inexistência de violação à direito líquido e certo, estar-se-á diante de decisão de mérito típica¹⁰, prevista no art. 487, I, do CPC/15, sendo inclusive acobertada pela coisa julgada material.

Logo, não se está no universo das condições da ação, mas sim discutindo o próprio *fundo do direito* impugnado via mandado de segurança, pelo que o pedido não poderá ser renovado (art. 6º, § 6º, da LMS).

Em sede jurisprudencial, pode-se destacar o seguinte:

“O exame da legalidade dos atos administrativos ou jurisdicionais em mandado de segurança é, indubitavelmente, de mérito, pois não há direito líquido e certo se não houver decretação judicial da invalidade do ato impugnado. Assim, considerado inexistente direito líquido e certo em favor do impetrante, impõe-se a denegação da segurança, e não a carência por falta de condição da ação, que só ocorre quando se tratar de impetração contra órgão ou pessoa manifestamente ilegítima” (1º TACivSP. MS 369.370-4. TP, m.v., j. 7-5-87, Rel. Juiz Luciano Leite. RT 621/127¹¹)

Mandado de segurança – Denegação com apreciação de mérito – Interposição em 2º Grau de novo ‘writ’ em substituição à apelação – Inadmissibilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando entendimento à Súmula nº 304¹², vem afirmando que a decisão que denega a segurança, se aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não tem direito, faz coisa julgada material, impedindo à reapreciação da controvérsia em ação ordinária. Pelo simples fato de haver denegado mandado de segurança, que regularmente chegou às suas mãos e do qual se informa haver sido interposta apelação, não se torna o magistrado sentenciante autoridade coatora, para fim de ser

9 Acerca do assunto, ver FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros. 1996. Já Mantovanni Colares Cavalcante indica o julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AMS 89.04.18601-3-PR, relator Juiz Carlos Garcia, 1ª Turma, DJU de 7/2/90, p. 1.284) para situar a questão. Ademais, aduz o Professor da Universidade de Fortaleza que: “Assim, a ausência de direito líquido e certo tanto pode gerar a extinção do processo sem julgamento do mérito, como também com julgamento do mérito. É uma análise em duas etapas, que só será plenamente atendida quando houver uma conscientização da existência dessa pluralidade do conceito de direito líquido e certo”. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 134.

10 Sobre sentenças típicas e atípicas, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que: “As sentenças podem ser de mérito ou processuais. Serão sentenças de mérito típicas aquelas em que o juiz é o ‘autor’ de seu conteúdo; serão sentenças de mérito atípicas aquelas em que o juiz nada mais faz do que endossar a manifestação da(s) parte(s), ou constatar ter havido prescrição ou decadência. Serão sentenças processuais típicas aquelas cujos conteúdos consistirem na constatação da falta de pressupostos processuais ou condições da ação, ou da existência de pressupostos processuais negativos; teremos sentenças processuais atípicas, por exclusão, nos demais casos do art. 267”. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 383.

11 REMÉDIO, José Antônio. *O Mandado de Segurança na Jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 607.

12 Aliás, o Enunciado 304, de Súmula da Jurisprudência dominante do STF será objeto de análise em momento posterior.

passivamente acionado através de ‘writ’ outro” (TACrimSP. MS 206.016/4. 7ª C., j. 9.-5.91. Rel. Fábio de Araújo. RJDTACrim 12/201)¹³.

“Mandado de segurança. Pensão militar especial. Ministro de Estado da Defesa excluído do polo passivo da ação. Arguição de litispendência não acolhida. Inexistência, no caso de direito líquido e certo. Segurança denegada. (STJ – MS nº 7541 Processo: 200100561792/DF 3ª seção Data da decisão: 23/04/2003. Relator Fontes de Alencar. DJ de: 01/09/2003 PÁGINA:216).

Após estas observações, pode-se afunilar a discussão em dois aspectos: caso não haja substancial comprovação do direito líquido e certo (pois os fatos alegados não restaram comprovados de plano) e em caso de inexistência de violação à direito líquido e certo; ou seja, inexistência de qualquer violação ao direito do autor.

Na primeira hipótese, exigindo maior instrução probatória, não existirá a comprovação do direito líquido e certo, devendo ser extinto o processo sem resolução de mérito. No mesmo sentido, observa Eduardo Arruda Alvim:

“Por não admitir dilação probatória, os fatos alegados pelo impetrante devem estar devidamente documentados através de prova pré-constituída na própria inicial do mandado de segurança. Se, em contrapartida, houver esta necessidade, sequer se chega à análise do mérito do mandado de segurança, devendo o mesmo ser extinto com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, restando abertas, ao impetrante, as vias ordinárias para solução de seu conflito com a Administração Pública”¹⁴.

Também Francisco Antônio de Oliveira manifesta-se sobre o assunto, aduzindo que:

“tem-se, por outro lado, que o *mandamus* é ação dotada de peculiaridades próprias. Isso significa que não admite dilação probatória. E se a denegação da segurança tiver apoio na ausência de prova, não se formará a coisa julgada material e a parte poderá usar das vias ordinárias para discutir a matéria em sua inteireza, onde poderá produzir todas as provas que achar conveniente”¹⁵.

Nestes casos, poderá o interessado impetrar novo mandado de segurança, desde que superado o óbice anterior, *ex vi* art. 6º, § 6º, da Lei 12.016/09, tendo em vista que a decisão não alcançará a coisa julgada material¹⁶.

13 REMÉDIO, José Antônio. *O Mandado de Segurança na Jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 511.

14 *Perfil atual do mandado de segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p.121.

15 *Mandado de segurança e controle judicial – Mandado de segurança coletivo – enfoques trabalhistas e jurisprudenciais*. 2ª edição, São Paulo Revista dos Tribunais, 1996, p. 155.

16 Aliás, Berenice Soubhie Nogueira Magri afirma que “se a sentença denegatória do mandado de segurança limita-se a dizer que o impetrante não tem direito líquido e certo (por inexistência do exame dos fatos e da análise do direito aplicável ou mesmo insuficiência de prova), está aberto o acesso à renovação da demanda por outra via processual; e, na hipótese de a sentença denegatória da ordem considerar os fatos como provados e concluir pela inexistência de qualquer direito subjetivo do impetrante, há coisa julgada material, inviabilizando a repropósito da ação”. *Sentença denegatória de Mandado de Segurança*. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo nº 64, outubro de 2001, p. 17. *Apud* CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 207.

Por outro lado, se ficar comprovada a inexistência de ato abusivo de autoridade e do próprio direito líquido e certo do impetrante, o caso é de denegação de segurança com julgamento de mérito, alcançando coisa julgada material, não podendo o interessado utilizar as vias comuns nem outro *mandamus*, considerando que o pedido e a causa de pedir serão os mesmos. Sobre o assunto, mais uma vez vale repisar as lições de Francisco Antônio de Oliveira:

“O direito líquido e certo, embora deva ser comprovado de plano, vez que o mandado de segurança não premia a delonga probatória, constitui, juntamente com a análise da legalidade ou abuso de poder., matéria que compõe o próprio objeto do *writ*, desaguardo no julgamento do mérito. Vale dizer, que se o juiz concluir que o ato de autoridade comprovado de plano é abusivo ou editado com ilegalidade e hostiliza direito subjetivo do impetrante, concederá a segurança; caso contrário denegará a segurança. Mas em ambos os casos apreciará o mérito. Vale dizer em ambos os casos a decisão fará coisa julgada material”¹⁷.

Logo, inexistindo qualquer ato ilegal, a coisa julgada ultrapassa os limites do direito líquido e certo para alcançar o próprio direito subjetivo, não havendo nova possibilidade de discussão judicial envolvendo o mesmo objeto e causa de pedir. Esta afirmação é importante, tendo em vista que nos casos de decadência, apesar da previsão contida no art. 487, II, do CPC/15, a conclusão é diversa¹⁸.

Em relação à ocorrência de litispendência e coisa julgada entre o MS e outra demanda de procedimento, comum, importante transcrever o item 2 do acórdão que apreciou a PET no AgRg no AREsp 780955/MG (Rel. Min. Herman Benjamin – J. em 01.03.2016 – Dje 19.05.2016), onde a 2ª Turma do STJ consagrou que: “O acórdão recorrido não se afastou da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que “é excepcionalmente possível a ocorrência de litispendência ou coisa julgada entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, entendendo-se que tal fenômeno se caracteriza, quando há identidade jurídica, ou seja, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas; no pedido mandamental, a autoridade administrativa, e na ação ordinária a própria entidade de Direito Público” (AgRg no REsp 1.339.178/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 7/3/2013)”¹⁹.

Aliás, discussão semelhante ocorria no anterior CPC, em que as cautelares eram autônomas. Naquelas hipóteses, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora eram* condições da

17 *Mandado de segurança e controle judicial – Mandado de segurança coletivo – enfoques trabalhistas e jurisprudenciais*. 2ª edição, São Paulo Revista dos Tribunais, 1996, p. 158.

18 Como será demonstrado em seguida, a decadência alcança apenas o direito líquido e certo, não atingindo o direito subjetivo. A decadência é matéria processual – atinge o procedimento e não o fundo do direito.

19 Ver também, dentre outros, no STJ: [AgRg no REsp 1339178-SP](#); [AgRg no AREsp 631139-SP](#); [AgRg no CC 96019-SP](#), [AgRg no MS 15865-DF](#).

ação e, ao mesmo tempo, “mérito” da cautelar, dependendo do momento de apreciação do julgador²⁰.

Resta, por outro lado, enfrentar a última hipótese: denegação da segurança em face da decadência.

A decadência e a conseqüente extinção do processo com julgamento de mérito irá alcançar o direito material discutido no MS? O direito líquido e certo engloba o direito subjetivo? A denegação da segurança permitirá o ajuizamento de demanda ordinária, aplicando-se o Enunciado 304, de Súmula da Jurisprudência Dominante do STF?

Considerando que a situação envolvendo a denegação da segurança em virtude de decadência é complexa e merece outros argumentos, o tema será enfrentado no próximo item.

2. DECADÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA – A DECISÃO QUE A DECRETA E SEUS LIMITES – SIMPLES DECLARAÇÃO PREJUDICIAL E APROVEITAMENTO DO PRAZO

Como restou claro anteriormente, o direito líquido e certo é, ao mesmo tempo, condição da ação e mérito no mandado de segurança. Neste instrumento constitucional, a sentença tem natureza predominantemente mandamental, tendo em vista que ao tempo que condena (em caso de concessão da segurança), determina uma conduta a ser praticada²¹.

O problema mais marcante ocorre nos casos em que a decisão decreta a decadência, considerando que a impetração ocorreu fora do prazo de 120 dias anteriormente previsto na Lei 1.533/51 e ratificado na Lei nº 12.016/09 – art. 23.

Aliás, muito se discute acerca da constitucionalidade dessa limitação temporal, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 em momento algum fixou qualquer prazo. Assim, será que a Lei 1.533/51 foi recepcionada pela CF/88 (art. 5, LXIX)? Em decorrência de tal interpretação, será que a nova Lei do MS (12.016/09, art. 23) já *nasceu* inconstitucional? Realmente, o assunto vem provocando certa discussão doutrinária²².

20 Sobre o assunto, ver: THEODORO R. Humberto. *Processo Cautelar*. 18ª edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1999, p. 73.

21 Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que: “A sentença mandamental, a seu turno, além de condenar, *ordena, manda*. O mandado corresponde à sentença de procedência no mandado de segurança gera a necessidade de cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração de crime (ou de desobediência ou de responsabilidade)”. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 78. Aliás, o próprio Alfredo Buzaid escreveu que: “O que determina e qualifica a natureza de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, de poder: a) meramente declaratório (pedido de declaração de inexistência de relação jurídica tributária criada por lei inconstitucional); b) constitutivo (desconstituição de nomeação de servidor público por inobservância da ordem de classificação no concurso); ou c) condenatório (ação do servidor da administração direta ou autárquica, tendo por objeto o pagamento de vencimento e vantagens pecuniárias)”. *Do mandado de segurança*, vol 1, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 76.

22 Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno informa que “a questão que se põe, no entanto, é que a Constituição Federal não limitou temporalmente a possibilidade de exercício do mandado de segurança. Muito pelo contrário. Embora tenha fixado uns tantos pressupostos e requisitos para sua impetração, ficou-se silente quanto a seu exercício vincular-se ou poder vincular-se a um prazo certo. Mais do que isso: A Constituição, no

De qualquer sorte, há Súmula do Supremo Tribunal Federal tentando pacificar a interpretação acerca da constitucionalidade do prazo decadencial no mandado de segurança:

“Súmula 632. É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança.”

Superado este obstáculo prévio, cumpre, a partir de agora, enfrentar outro problema envolvendo a decadência no *mandamus*. Como observado anteriormente, o mérito da demanda constitui exatamente a verificação acerca da violação a direito líquido e certo, assim como a existência ou não de ato ilegal praticado por autoridade.

Outrossim, a decisão denegatória de mandado de segurança, quando extingue o processo em virtude de falta de provas, não faz coisa julgada, permitindo a utilização das vias ordinárias ou mesmo outro mandado de segurança (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda e atendido o prazo de 120 dias), inclusive com a garantia estabelecida na Súmula 304 do STF²³.

seu § 1º do art. 5º, deixou claro que a aplicabilidade das normas que definem direitos e garantias têm aplicação imediata, têm eficácia plena, e, portanto, independem de regulamentação infraconstitucional”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143. Sérgio Ferraz manifesta-se sobre o assunto, afirmando que: “Quando, por exemplo, afirma-se que o mandado de segurança deve ser impetrado no prazo de cento e vinte dias a partir do cometimento do ato coator, está-se dizendo alguma coisa que o constituinte não disse porque não quis. Caso o constituinte quisesse dizer que a utilização do mandado de segurança deve passar necessariamente por algum critério de tempo, algum sinal ele teria lançado. Mas não o fez. E é bom que se diga que ele assim também procedeu com referência ao *habeas corpus*, ao *habeas data*, ao mandado de injunção e à ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Em nenhum destes outros instrumentos processuais existe qualquer direção ou sinal do constituinte, mínimo que seja, no sentido de que devem ser balizados por um critério de tempo para sua utilização. E como se trata de direito seria, evidentemente, um tempo decadencial e não um tempo prescricional”. *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138. Também Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery observam que: “Inconstitucionalidade. A LMS 18 é inconstitucional. O MS, sendo ação constitucional, tem seus requisitos e limites estabelecidos apenas no texto constitucional (CF 5º, LXIX e LXX), que não remeteu seu regime jurídico à lei federal. Ao legislador ordinário é reservado somente o poder regulamentar, fixando contornos procedimentais para ser exercido. Não pode criar requisitos e limites não previstos na CF. A norma sob comentário, porque restringe o exercício de direito fundamental previsto na CF, é inconstitucional. O impetrante pode impetrar MS mesmo depois de passado o prazo mencionado na LMS 18”. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1644 – nota 1 – art. 18 LMS.

- 23 Aliás, a expressão ‘denegatória’ normalmente significa análise do mérito. Contudo, não se deve ter extremo rigor em sua interpretação, considerando que, em alguns casos, a sua utilização vem empregada no sentido de decisão processual como, *v.g.*, nos casos de falta de prova do direito líquido e certo. O novo art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09 manteve a expressão *denega-se* aos casos previstos no art. 267 do CPC (decisões processuais). Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno defende que “nem sempre decisão ‘denegatória’ do mandado de segurança é decisão de mérito. Ela é desfavorável ao impetrante, isso não deixa margem de dúvidas. Essencial, no entanto, pesquisar os fundamentos pelos quais não se reconheceu o direito do impetrante para atestar se se trata, ou não, de decisão de mérito e, por isso mesmo, passível de forrar-se da coisa julgada material”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 138.

Em se tratando de decadência, será que é possível a utilização das vias ordinárias, considerando que a decisão extinguirá o processo com julgamento de mérito²⁴, nos termos do art. 485, II, do CPC/15²⁵?

É bem verdade que o direito líquido e certo é uma qualificação do direito subjetivo, tendo em vista que sua sustentação está em fatos comprovados de plano. Assim, em casos como estes, o sistema permite a defesa do direito líquido e certo através da espécie de tutela jurisdicional diferenciada²⁶ denominada mandado de segurança.

Necessário refletir duas situações: na primeira, o interessado pode impetrar o mandado de segurança, considerando que os fatos são comprováveis de imediato e, na segunda, será necessário o ajuizamento de demanda ordinária, eis que os fatos necessitam de instrução probatória exaustiva. Será correto e justo o entendimento de que, no primeiro caso, onde possui um direito tutelável de forma diferenciada, deve ficar sujeito a prazo de apenas 120 dias, enquanto no segundo, a demanda poderá ser movida de acordo com os prazos prescricionais previstos na legislação civil? Será que o ato ilegal ficaria convalidado pelo decurso do prazo de 120 dias, não ocorrendo o mesmo se o ato fosse impugnado pelas vias ordinárias? Será que o direito mais evidente apenas poderá ser discutido em prazo menor do que aquele que depende de maior instrução probatória?

Todas as respostas devem ser negativas.

Na verdade, superada a discussão quanto à constitucionalidade do art. 23 da LMS, afirma-se que o prazo de 120 dias é apenas para a utilização do mandado de segurança, sendo que a decadência atingirá tão somente o direito líquido e certo (o procedimento especial mandamental), não ultrapassando seus limites para atingir o direito subjetivo. Logo, assegura-se ao interessado o manejo de ação própria, dentro do prazo prescricional, *ex vi* do art. 19 da LMS.

Portanto, a “coisa julgada”²⁷ decorrente desta sentença denegatória do *mandamus*, não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o *fundo do direito*. Em última análise, a decadência atinge o procedimento especial e não o direito subjetivo (possibilidade de provocar o judiciário para controlar o ato oriundo, em regra, do Poder Público).

24 Não se deve olvidar que se trata de decisão de mérito atípica, considerando que o objeto (lide) não foi apreciado. De qualquer forma, a sentença que decreta a decadência será atingida pela coisa julgada material, a qual deverá ser enfrentada com muita cautela no mandado de segurança.

25 Com redação semelhante a do art. 269, IV, do CPC/73.

26 Tutelas diferenciadas podem ser conceituadas, consoante destaque feito em item anterior, como instrumentos que possibilitam rápida solução dos conflitos ou mesmo de agilização da prestação jurisdicional, *v.g.*, nos casos envolvendo o mandado de segurança. Sobre o assunto, ver PISANI, Andréa Proto. *Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata. Rivista di Diritto Processuale*. V. XXXIV, Padova, p. 536-591. NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46. ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista de Processo v. 65 (1992), p. 46 e ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 71-78.

27 Se é que se pode chamar desta forma, eis que o direito não foi atingido, mas apenas o instrumento (ação de mandado de segurança).

Aliás, quando tenho oportunidade de discutir o assunto em sala de aula, costumo fazer comparação entre direito líquido e certo e alguns jogos tive oportunidade de deparar durante a infância ou mesmo o com o desenho animado do marinheiro Popeye. Costumo comparar com o jogo do *Pac-man*, para afirmar que, assim como o direito líquido e certo, a energia capaz de derrubar os ‘inimigos’ naquele jogo é temporária. Após certo tempo, retorna a ter o tratamento comum e a partida torna-se um pouco mais complexa. O mesmo ocorre quando o marinheiro Popeye se alimenta de espinafre, tendo em vista que recebe uma energia extra a ser utilizada durante certo período de tempo.

Nos casos envolvendo o direito líquido e certo há essa força temporária, que poderá ser observada pela oportunidade de utilização da tutela diferenciada do mandado de segurança. Contudo, após o prazo de cento e vinte dias o direito líquido e certo deixa de ser tutelável via *mandamus*, passando a ser tratado apenas como direito subjetivo, discutível pelas vias ordinárias (art. 19 da LMS).

Logo, a decadência não pode ultrapassar os limites do direito líquido e certo para atingir o direito subjetivo²⁸, já que este poderá ser discutido em prazo bem superior a cento e vinte dias. Por outro lado, considerando que a *coisa julgada* decorrente da decadência atinge o direito líquido e certo, não poderá o interessado impetrar outro *writ*, eis que esbarra neste pressuposto processual de validade negativo – coisa julgada²⁹⁻³⁰.

No contexto, há precedentes jurisprudenciais que merecem transcrição:

“Processual civil – Mandado de segurança – Repetição de ação extinta pela ocorrência do prazo decadencial de 120 dias – Impossibilidade – Coisa julgada. A sentença que reconhece a expiração do prazo decadencial de 120 dias configura coisa julgada, o que impede novo ajuizamento da ação mandamental, atacando o mesmo ato inquinado de ilegal (art.267, V, do CPC)” (TRF 2ª Região – Apelação em Mandado de Segurança nº 42739 – 2ª Turma – Rel. Juiz Sérgio Schwaitzer. DJ de 30/08/2002).

-
- 28 Não se deve olvidar que há a necessidade de se verificar se o caso concreto refere-se a ato único ou atos sucessivos. Nestes, o prazo decadencial renova-se à cada violação, como bem observa Hely Lopes Meirelles: “Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado”. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, ‘habeas data’, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Na jurisprudência, indicam-se os seguintes precedentes: a) STJ – ROMS 13792, Relatora Min. Eliana Calmon. DJ de 05/05/2003 PÁGINA:237); b) STJ – RESP 49960 – RS, Relator. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de: 23/06/2003).
- 29 Mais uma vez é oportuno transcrever os ensinamentos de Mantovanni Colares Cavalcante, quando afirma que “assim, o fato de o mandado de segurança ter sido denegado em face da decadência, vale dizer, na hipótese de constatado o decurso dos cento e vinte dias para a obtenção do direito sob a forma sumária, *nada impede que o autor utilize a ação própria*, exatamente diante da advertência contida no art. 15 da Lei 1.533/51”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p 208.
- 30 Guilherme Freire de Barros Teixeira aponta que: “de forma peculiar, há reconhecimento de que o art. 18 da LMS traz uma hipótese de prazo decadencial, levando ao julgamento de mérito, mas sem a formação de coisa julgada material e sem que haja impedimento para o ajuizamento de nova demanda, desde que, evidentemente, não seja novo *mandamus*”. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007, p. 15.

A DECADÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA E SUAS VARIÁVEIS¹

SUMÁRIO • 1. Introdução; 2. A decadência no mandado de segurança: análise à luz do direito material; 3. A decadência no mandado de segurança preventivo, por omissão e nas parcelas de trato sucessivo.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no tema central deste ensaio, devo registrar a honra de estar homenageando o Professor Agnelo Amorim Filho que, como poucos, enfrentou a temática envolvendo a decadência e a prescrição².

De fato, é tormentosa a análise e diferenciação entre esses institutos, ao ponto de costumeiramente gerar confusão na própria doutrina e jurisprudência nacionais³.

A confusão conceitual atinge, de maneira frontal, o mandado de segurança, ao ponto de se confundir a prescrição do direito de ação e a decadência do uso do *writ*, influenciando a teoria da coisa julgada e o próprio cabimento de ação rescisória.

Uma premissa deve desde logo ser apresentada: uma coisa é a decadência da utilização do mandado de segurança e outra, completamente diferente, é a prescrição do direito de ação visando, por exemplo, a condenação da fazenda pública a correção de um ato administrativo⁴. Por vezes essa diferenciação não se apresenta de forma clara, o que acaba gerando certa distorção na utilização desta ação constitucional.

1 Escrito em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho.

2 Dentre sua vasta contribuição, registro duas obras clássicas: *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, vol. 300, São Paulo, RT, out. 1961 e *Da prescrição e da decadência*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

3 Como ensina o homenageado, “a questão referente à distinção entre prescrição e decadência – tão velha quanto os dois velhos institutos de profundas raízes romanas – continua a desafiar a argúcia dos juristas” AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, vol. 300, São Paulo, RT, out. 1961, p. 07.

4 Vale citar novamente as lições de Agnelo Amorim Filho: “Desto modo, fixada, a noção de que a violação ao direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á fácil e

2. A DECADÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO MATERIAL

No âmbito do mandado de segurança, a análise da decadência deve gravitar em torno do objetivo da ação e do conceito de direito líquido e certo, assuntos já enfrentados anteriormente⁵.

Vale partir de uma afirmação: o direito líquido e certo é, ao mesmo tempo e com graduações diferentes, condição da ação e mérito no mandado de segurança. Neste instrumento constitucional, a sentença tem natureza predominantemente mandamental, tendo em vista que ao tempo que condena (em caso de concessão da segurança), determina uma conduta a ser praticada.

A questão a ser enfrentada ocorre quando a sentença no mandado de segurança decreta a decadência, sob o argumento de que a impetração ocorreu fora do prazo de 120 dias (Lei nº 12.016/09 – art. 23).

Muito se discute acerca da constitucionalidade dessa limitação temporal, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 em momento algum fixou qualquer prazo. Assim, será que este prazo é inconstitucional? O assunto, como já citado anteriormente, vem provocando divergência interpretativa.

Este problema ocorre em decorrência da confusão em relação à decadência do direito líquido e certo, a prescrição do exercício de qualquer demanda e a decadência do fundo do direito. Na verdade, há uma interpretação equivocada da perda do direito ao mandado de segurança como sinônimo de decadência, tendo em vista que jamais poderia ser enquadrada no art. 487, II, do CPC/15.

De qualquer sorte, há o Enunciado nº 632 de Súmula da Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal tentando “pacificar” a interpretação acerca da constitucionalidade do prazo decadencial no mandado de segurança:

“É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança”

Como já mencionado, devem ser separadas as situações jurídicas diferenciadas: a) decadência no MS; b) prescrição do direito de ação em desfavor da fazenda pública; c) a

irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os direitos a uma prestação), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é os direitos potestativos (que são, por definição ‘direitos sem pretensão’, ou ‘direitos sem prestação’, e que se caracteriza, exatamente pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional. Por via de consequência, chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda” (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, vol. 300, São Paulo, RT, out. 1961, pp. 19-20).

5 Vide Cap. 3 desta obra.

decadência do fundo do direito; e d) o limite cognitivo do mandado de segurança e a possibilidade da decisão judicial ser atingida pela coisa julgada.

O mérito desta demanda constitui exatamente a verificação acerca da alegada violação ao direito líquido e certo, assim como a existência ou não de ato ilegal supostamente praticado pela autoridade coatora.

Outrossim, a decisão “denegatória”⁶ de mandado de segurança, quando extingue o processo em virtude de falta de provas, não faz coisa julgada, permitindo a utilização das vias ordinárias ou mesmo outro mandado de segurança – art. 6º, § 6º, da Lei 12.016/09 (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda e atendido o prazo de 120 dias), inclusive com a garantia estabelecida no Enunciado nº 304 de Súmula da Jurisprudência Dominante do STF⁷.

Por outro lado, em se tratando de decadência, será possível a utilização do procedimento comum? Mais uma vez é necessário voltar ao velho problema da localização da decadência no mandado de segurança.

Na verdade, o prazo de 120 dias é apenas para a utilização do mandado de segurança, sendo que a decadência atingirá tão somente o direito líquido e certo, não ultrapassando seus limites para atingir o fundo do direito material. Logo, assegura-se ao interessado o manejo de ação própria, dentro do prazo prescricional, *ex vi* do art. 19 da Lei 12.016/09.

A decisão que decretou a decadência, portanto, não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o *fundo do direito*. Há a localização errada do instituto da decadência no mandado da segurança⁸, tendo em vista que não atinge o fundo do direito, mas somente a possibilidade de utilização desta ação constitutiva⁹.

O fundo do direito estará sujeito a prazo bem superior aos cento e vinte dias para ser discutido judicialmente. Por outro lado, considerando que a *coisa julgada* decorrente da

6 A rigor, deveria ser denominada de decisão extintiva sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC/15).

7 A expressão ‘denegatória’ normalmente significa análise do mérito. Contudo, não se deve ter extremo rigor em sua interpretação, considerando que, em alguns casos, a sua utilização vem empregada no sentido de decisão processual como, *v.g.* nos casos de falta de prova do direito líquido e certo. O novo art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09 manteve a expressão *denega-se* aos casos previstos no art. 267 do CPC/73 (decisões processuais – equivalente ao art. 485, do CPC/15).

8 Deveria ser tratada como impossibilidade de utilização do procedimento mandamental: pressuposto processual.

9 Aliás, no tema, é interessante citar as conclusões dos critérios científicos de diferenciação entre prescrição e decadência, apresentadas por Agnelo Amorim Filho: “1º) **Estão sujeitas à prescrição**: todas as ações **condenatórias** e somente elas; 2º) **Estão sujeitas à decadência** (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem): as ações **constitutivas** que têm seu prazo especial para o exercício fixado em lei; 3º) **São perpétuas (imprescritíveis)**: a) **as ações constitutivas** que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) **tôdas as ações declaratórias**. Várias inferências imediatas podem ser extraídas daquelas três proposições. Assim: a) não há **ações condenatórias** perpétuas (imprescritíveis) nem sujeitas a decadência; b) não há **ações constitutivas** sujeitas a prescrição; e c) não há **ações declaratórias** sujeitas a prescrição ou decadência”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista dos Tribunais, vol. 300, São Paulo, RT, out. 1961, p. 37 (grifo no original).

decadência atinge o direito líquido e certo, não poderá o interessado impetrar outro *writ*, eis que esbarrará neste pressuposto processual.

Deve-se ter cautela ao tentar fazer analogia entre a decadência no MS e a hipótese prevista no art. 487, II, do CPC/15, eis que a extinção do processo, não impedirá a utilização do procedimento comum. É uma decadência totalmente estranha ao estudado em direito civil, não atingindo o fundo do direito, mas tão somente a possibilidade de exercício desta ação constitutiva.

A rigor, apesar de ser decretada a decadência, nem sempre impedirá o exercício do direito de ação em relação à outra demanda. Logo, não ultrapassa (salvo a ocorrência de prescrição da ação em face da fazenda pública) para alcançar o fundo do direito. Cabe ao intérprete observar e chegar as suas próprias conclusões, sem esquecer a principal premissa: a decadência no mandado de segurança é diferenciada e atinge apenas a possibilidade de manejo do *writ* constitucional.

3. A DECADÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, POR OMISSÃO E NAS PARCELAS DE TRATO SUCESSIVO

Após a análise genérica do instituto da decadência no mandado de segurança, é dever enfrentar três situações específicas: decadência em casos de omissão administrativa, nas situações em que são discutidas parcelas de trato sucesso e nos atos comissivos de efeitos concretos.

Vale partir de uma afirmação: a autoridade pública atender aos princípios insculpidos no art. 37 da CF/88. Assim, pode ser considerado abusivo um *não fazer administrativo*; ou seja, a omissão pode ser ilegal ou abusiva, violando direito a ser protegido por meio da impetração da ordem de segurança.

Lógico que é mais fácil conceituar ato comissivo como violador de direito líquido e certo. Neste caso, o prazo para impetração poderá variar se o caso tratar de ato único de efeito continuado (*efeito concreto*) ou de ato de trato sucessivo¹⁰.

Neste fulgor, vale repisar que uma coisa é a violação do direito líquido e certo decorrente de ato único (*como o rebaixamento funcional de um servidor; sua preterição na promoção ou no enquadramento*) de efeito jurídico concreto e continuado (*em que gerará mensalmente uma diminuição pecuniária*) e outra, é a relação jurídica de trato sucessivo ou mesmo a omissão administrativa.

10 Neste, o prazo decadencial renova-se à cada violação. Sobre o tema, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Na jurisprudência, dentre vários, vale citar os seguintes precedentes: a) STJ – ROMS 13792, Relatora Min. Eliana Calmon. DJ de 05/05/2003 PÁGINA:237); b) STJ – RESP 49960 – RS, Relator. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de: 23/06/2003).

Assim, mesmo se houver reflexo mensal, o prazo decadencial para impetração do *writ* para impugnação de ato único inicia-se imediatamente, e sem qualquer renovação.

Este assunto não é novo em sede jurisprudencial, senão vejamos:

“Processual civil e administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Enquadramento funcional. Ato de efeito concreto. Decadência configurada 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o ato administrativo que suprime vantagem pessoal é único e de efeito concreto, iniciando-se o prazo decadencial para a impetração do Mandado de Segurança a partir da ciência do ato impugnado, conforme disposto no art. 23 da Lei 12.016/2009. 2. A ação que trata de direito ao enquadramento ou reenquadramento não caracteriza relação de trato sucessivo a atrair a incidência da previsão sufragada na Súmula 85/STJ. 3. Hipótese em que o Tribunal a quo registrou que “a impetrante deveria ter ajuizado o presente Mandado de Segurança dentro do prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência da referida lei no que concerne às progressões ali previstas (fevereiro de 2010), o que não ocorreu, pois o referido prazo se esgotou em junho de 2010 e ela somente protocolizou o mandamus no dia 06/10/2010, em flagrante intempestividade” (fl. 78, e-STJ). 4. Agravo Regimental não provido” (AROMS 38752 Rel Min. Herman Benjamin – 2ª T – DJe de 10/05/2013).

“Processual civil e administrativo. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Servidor público. Supressão de gratificação. Ato de efeitos concretos. Decadência do direito à impetração. Ocorrência. 1. O ato administrativo que suprime vantagem é único e de efeitos concretos, iniciando-se o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança a partir da ciência do ato impugnado, a teor do disposto no art. 18 da Lei nº 1.533/51, atualmente art. 23 da Lei 12.016/09. 2. In casu, o ato que suprimiu o pagamento da gratificação efetivou-se ainda no ano de 2004, enquanto o mandamus foi impetrado tão somente em julho de 2006, muito além do prazo de 120 (cento e vinte) dias preconizado na Lei nº 12.016/09, o que conduz ao reconhecimento da decadência do direito à impetração do writ. 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que descabe falar em relação de trato sucessivo em hipóteses, como a dos autos, em que se ataca ao comissivo de efeitos concretos. Precedentes: EDcl no REsp 1.149.215/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 5/3/2012; RMS 32.126/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/9/2010; REsp 1.263.145/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/9/2011. 4. Agravo regimental não provido”. (AROMS 38247 – Rel. Min. Benedito Gonçalves – 1ª Turma. J. em 20/11/2012 – DJe de 26/11/2012).

“Agravo regimental no recurso especial. Processual civil. Servidor público estadual. Amazonas. Redução dos proventos por decreto estadual. Relação de trato sucessivo. Mandado de segurança. Decadência. Não ocorrência. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Segundo precedentes, “quando houver redução, e não supressão do valor de vantagem, fica configurada a prestação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, pois não equivale à negação do próprio fundo de direito, não havendo que se falar, portanto, em decadência do mandado de segurança”. (AgRg no Ag 1337066/BA, Rel. Ministro Castro Meira – 2ª Turma, J. em 26/10/2010, DJe 10/11/2010). 3. Agravo regimental não provido” (AGRESP 1304852 Relator Min. Mauro Campbell Marques – 2ª T – J. em 18/12/2012 – DJe de 08/02/2013).

Logo, devem ser bem analisadas as situações jurídicas envolvendo o ato único de efeito concreto, e a violação a direito líquido e certo que se renova sucessivamente. Enquanto

naquele o prazo de 120 dias é contado uma só vez, nesta há renovação do prazo em cada nova violação.

No julgamento do AgInt no RMS 34976 / SE (STJ – 1ª T – Rel. Min. Sérgio Kukina – J. em 05/11/2019 – DJe 08/11/2019), a 1ª Turma deixou claro que há a necessidade de diferenciar ato comissivo de efeitos concretos (continuados) e atos que se renovam de forma sazonal, tendo em vista que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que descabe falar em relação de trato sucessivo em hipóteses como a dos autos em que se ataca ato comissivo de efeitos concretos. Precedente: AgInt no REsp 1.354.786/RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3/8/2017” (AgInt no REsp 1.548.953/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 27/11/2017)”.

Por outro lado, deve o estudioso ter cautela para não confundir duas espécies de *mandamus* em que se discute a falta da prática do ato pela autoridade: *writ* por omissão e o *writ* preventivo. Essa diferenciação é fundamental para a boa compreensão das variáveis envolvendo a decadência no mandado de segurança.

Na segurança por omissão, a falta da conduta administrativa viola direito do impetrante. Trata-se, a bem da verdade, de uma ação repressiva, em que a falta da conduta configura violação ao direito. Já na segurança preventiva, ainda não houve concreta violação ao direito.

De mais a mais, o MS preventivo não pode gerar provimento genérico para utilização em casos futuros e incertos. Como bem entendeu a 2ª Turma do STJ, no AgInt no RMS 58652/SP (Rel. Min. Francisco Falcão, J. em 17.12.2019, DJe 19.12.2019): “o mandado de segurança preventivo não pode ser utilizado com o intuito de obter provimento genérico aplicável a todos os casos futuros de mesma espécie” (REsp 1.064.434/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/6/2011; AREsp 1562579/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019”.

E não é só.

O *mandamus* preventivo pode impugnar o ato comissivo ou omissivo, bastando a demonstração de que a conduta positiva, ou a falta dela, está na iminência de violar o direito líquido e certo do impetrante.

Assim, levando em conta que ainda não houve efetiva violação a, não há como ser contado o prazo decadencial de 120 dias. O STJ, enfrentando a hipótese de compensação tributária, ratificou precedentes anteriores no que respeita à inexistência de decadência em *mandamus* preventivo, senão vejamos:

“Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Mandado de segurança. Decadência. Não ocorrência. 1. O mandado de segurança que visa à obtenção de declaração do direito à compensação de tributos indevidamente recolhidos, por seu caráter preventivo, não está sujeito a prazo decadencial para sua impetração. 2. Precedentes: REsp 1216972/AM, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.2.2011; AgRg no REsp 1066405/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda