

GRUPO EDUCACIONAL VERBO JURÍDICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO COM ÊNFASE EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

MÔNICA AZAMBUJA GRAF

MANDADO DE SEGURANÇA: Limitação temporal. A natureza jurídica do prazo de
extinção

PORTO ALEGRE – RS

2018

MÔNICA AZAMBUJA GRAF

MANDADO DE SEGURANÇA: Limitação temporal. A natureza jurídica do prazo de extinção

Artigo apresentado ao Grupo Educacional Verbo Jurídico como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público

PORTO ALEGRE - RS

2018

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do mandado de segurança, ação constitucionalmente amparada no artigo 5º, LXIX e na Lei 12.016/2009. Tangencia a evolução

histórica do instituto, tratando do seu conceito, legitimidade, natureza processual e objeto, definindo expressões relativas ao direito líquido e certo, ilegalidade e abusividade. O texto analisa o prazo para impetração da ação mandamental estabelecido na lei ordinária, discorrendo sobre o seu termo inicial. Aborda o efeito do tempo em relação aos direitos, diferenciando os prazos de prescrição e decadência e sua respectiva relevância. Analisa a natureza jurídica do prazo para impetração do mandamus, destacando as correntes doutrinárias relativas ao tema, inclinando-se pela orientação que o considera meramente extintivo. Aponta divergência jurisprudencial existente no STJ entre julgados que, reconhecendo a incidência do prazo decadencial em sede de mandado de segurança, extinguem o feito, com e sem resolução de mérito.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Conceito. Regulação Normativa. Direito Líquido e Certo. Abusividade e Ilegalidade. Prazo. Natureza Jurídica. Decadência. Súmula 632-STF

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the Brazilian writ of mandamus, an action constitutionally based on article 5º, LXIX and on the terms of the federal law 12.016/2009. It approaches the historical evolution of the institute, dealing with its concept, legitimacy, procedural nature and object, defining expressions related to clear and perfect right, illegality and abusiveness. The text analyzes the term for filling the judicial writ established in the ordinary law, discussing its beginning and deadline. It addresses the effect of time in relation to rights, differentiating the prescription and decay periods and their respective relevance. It analyzes the legal nature of the term for filling the writ of mandamus, highlighting the doctrinal currents related to the subject, leaning towards the orientation that considers it merely extinctive. It points out a divergence of jurisprudence in the STJ between judged that, recognizing the incidence of the forfeiture period in the case of a writ of mandamus, extinguish the act, with and without resolution of merit.

Keywords:

Writ of mandamus Concept. Legislative Regulation. Clear and Perfect Right. Abusiveness and Illegality. Deadline. Legal Nature. Decadence. Abiding precedent 632-STF

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 MANDADO DE SEGURANÇA	5
2.1 Breve histórico	6
2.2 Previsão constitucional, Conceito e Legitimidade	9
2.2.1 Natureza processual.....	12
2.2.2 Objeto.....	12
2.2.3 Direito líquido e certo	14
2.2.4 Ilegalidade ou abusividade	16
3 O PRAZO DA AÇÃO MANDAMENTAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL	18
3.1 O termo inicial do prazo.....	18
3.2 Prescrição e decadência.....	20
3.3 A natureza jurídica do prazo	24
3.4 A constitucionalidade do prazo	34
4 CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

O mandado de segurança é uma ação constitucional, prevista no artigo 5º, LXIX da Constituição Federal de 1988, que surgiu para dotar o cidadão de um instrumento rápido e eficaz de reação aos atos arbitrários da Administração Pública.

No plano normativo infraconstitucional a ação mandamental se encontra regulamentada pela Lei nº 12.016, de 7.8.2009, sendo considerada ação civil de rito sumário especial destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade.

Tangenciada a evolução história do instituto, é de se constatar que sua origem acaba por confundir-se com a do Estado de Direito.

Trata-se, portanto, de garantia constitucional, de eficácia plena e absoluta, que visa à proteção de direito líquido e certo do indivíduo, ou da coletividade, não amparado por habeas corpus ou habeas data, em face de ilegalidades ou abusos do Poder Público, sejam iminentes (função preventiva) ou já perpetrados (função repressiva), cometidos diretamente ou por interposta pessoa física ou jurídica.

Assim, ferido “direito líquido e certo”, o meio específico para defendê-lo contra a arbitrariedade do Poder Público é o mandado de segurança desde que a lesão, ou ameaça, tenha ocorrido há menos de 120 dias e não houver necessidade de dilação probatória para a sua prova.

Portanto, incontroversos os fatos, ou seja, não sendo necessária a produção de prova no contraditório comum e, sendo ilegal ou abusivo o ato de autoridade, é cabível o mandado de segurança para impugná-lo.

O prazo para a impetração da ação mandamental, contudo, não está previsto no texto constitucional e, sim, na legislação ordinária. A Lei nº 12.016/2009 diz que o direito de requerer a proteção judicial através do writ extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Importa ressaltar que o que se perde com o decurso do prazo de 120 dias da LMS, é o interesse, adequação para a propositura do mandado de segurança. Isso não significa dizer que

a pretensão não possa ser analisada em outras vias processuais, em sede de ação de rito comum, na via ordinária.

Decorrido o prazo legal, a via estreita do mandamus deixa, todavia, de ser adequada para análise da pretensão.

O que se pretende neste estudo é analisar algumas questões que decorrem do prazo para impetração do mandado de segurança. Para tanto merece ênfase, num primeiro momento, o efeito do tempo em relação aos direitos, abordando-se os institutos da prescrição e da decadência.

Em sequência, o prazo para a impetração da ação mandamental será analisado, destacando-se a sua natureza jurídica, questionando-se a sua reconhecida - ao menos em sede jurisprudencial - categoria decadencial, assim como as consequências processuais (a resolução do mérito) e os efeitos materiais que dela seriam decorrentes (a extinção do próprio direito material e a consequente impossibilidade de rediscussão da matéria).

Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, realçado pela Súmula nº 632, no sentido de que “é constitucional a lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança” As consequências (processuais e materiais) desta opção, todavia, variam ao sabor da jurisprudência, que se encontra dividida inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça como se demonstra no presente trabalho.

2 MANDADO DE SEGURANÇA

2 1. Breve histórico

Enquanto o Brasil esteve sujeito ao domínio português, cuja monarquia tinha caráter absoluto com o Executivo absorvendo todos os Poderes, de modo a afirmarse que existia um só Poder, não existia nenhuma forma adequada ou satisfatória de defesa contra atos ilegais da Administração.

Foi a partir da Independência que se começou a criar uma estrutura para controlar os atos da Administração, inicialmente através de um Conselho de Estado que quando existiu, por inspiração francesa, ostentava dois campos jurisdicionais distintos: o administrativo e a justiça ordinária, a par do fato de a fixação desses limites ter sido sempre objeto de controvérsia, considerada a influência lusitana de unidade de jurisdição, que contrariava a incipiente influência francesa.

O contencioso administrativo permaneceu, no entanto, até a Constituição Republicana de 1891, quando se proclamou, desde então, a unidade de jurisdição, a partir da qual se observou que os procedimentos em nosso processo civil eram insuficientes para conferir proteção imediata e eficaz contra a atuação do Estado.

Pode-se dizer que a origem do mandado de segurança passa pela história do habeas corpus, o qual era empregado para defesa de todo e qualquer direito, considerando-se que não havia previsão da ação mandamental e, a redação empregada pelo § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, viabilizava tal manejo.

Segundo esse dispositivo legal, conceder-se-ia habeas corpus “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Na lição de Rui Barbosa, o habeas corpus tinha disciplina muito ampliada, estendendo-se “a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade” (BARBOSA, 1934, p.495). Restou criada, assim, a doutrina brasileira do habeas corpus como remédio adequado também para a garantia dos direitos individuais violados pela Administração, ainda quando não se tratasse de direitos de liberdade.

Com a reforma constitucional, em 1926, o habeas corpus é transformado em garantia específica para a liberdade de locomoção, o que afasta o seu cabimento para outras finalidades.

Em 16 de julho de 1934 foi promulgada a Constituição que, no seu art. 113, previu o Mandado de Segurança:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus devendo ser sempre ouvida a pessoa jurídica de direito público interessada.

O mandado não prejudica as ações petições competentes”.

O preceito entrou em vigor com a própria Lei Magna, ainda que desprovido de lei disciplinadora, pelo princípio da auto-executoriedade vindo a ser, posteriormente, editada a Lei nº 191/1936 disciplinando-o no plano infraconstitucional.

A Constituição de 1937, todavia, não o previu, mas o instituto veio de ser regulado pelo Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, que vedava a sua utilização contra atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Posteriormente, o Decreto-lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937, incluiu a mesma vedação contra os atos do Prefeito do Distrito Federal. Com a Constituição de 1946 há previsão da garantia no seu art. 141, § 24¹, para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, revogou os arts. 319 a 331 do Código de Processo de 1939, mantendo-se em vigor até o advento da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, com alterações pontuais.

¹ Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ...

§ 24 Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

A garantia constitucional foi mantida no § 21 do art. 150 da Constituição de 1967² e no § 21 do art. 153 da Emenda Constitucional 1/1969³.

A Constituição de 1988, em seu inciso LXIX do art. 5^o, consagra expressamente a ação mandamental, inclusive com a criação do mandado de segurança coletivo no inciso LXX do mesmo artigo.

Vinte anos após a publicação da Constituição em vigor, é aprovada a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, como uma das metas do “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”.

O Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, não modificou a Lei nº 12.016/2009, mantendo em vigor todas as suas disposições. A principal referência à ação mandamental é meramente explicitante.

Assim, o art. 937, VI⁵, que trata das sessões de julgamento, garante a palavra às partes e ao Ministério Público, nos casos da sua intervenção, pelo prazo de quinze minutos, esclarecendo que a norma é aplicável ao mandado de segurança, nos casos de recurso.

O CPC/2015 aborda, também, o mandado de segurança expressamente, no art. 1.027, I e II⁶, repetindo o anteriormente disposto no art. 539 do CPC/1973⁷, que já previa o cabimento

² Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...

§ 21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

³ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...

§ 21. Conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

⁴ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

de recurso ordinário ao STF contra denegação, em única instância, da ordem vindicada, pelos tribunais superiores, e de recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça contra denegação de mandado de segurança, em única instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Observa-se, assim, que o mandado de segurança surgiu para dotar o cidadão de um instrumento rápido e eficaz de reação aos atos arbitrários da Administração Pública.

As origens da ação mandamental, portanto, se confundem com as do Estado de Direito, como mecanismo de controle e defesa nas situações de conflito entre as razões de Estado e os direitos individuais do cidadão.

⁵ Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021:... VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;

⁶ Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão; II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

⁷ Art. 539. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão; II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

2.2 Previsão constitucional, Conceito e Legitimidade

A ação de mandado de segurança pode ser impetrada por pessoas físicas e jurídicas e por órgãos despersonalizados, visando à proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, em face da ilegalidade ou abuso de poder de autoridade.

A Lei Federal nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, não menciona os órgãos despersonalizados, com prerrogativas próprias, como legitimados para a propositura da ação.

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

A ação mandamental, pressupõe, assim, a existência: a) ato jurídico ou comportamento (ação ou omissão); b) lesão ou ameaça de lesão, por conduta ilegal, inconstitucional ou abusiva; c) direito líquido e certo; d) não ser o caso de liberdade de locomoção, exclusivamente.

Com efeito, dispõe o art. 5º, LXIX da Constituição da República: “Conceder-se-á mandado de segurança par proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

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

Em outras palavras, trata-se de instrumento de controle de constitucionalidade e legalidade típico para defesa de direito líquido e certo, cabível quando ele não for passível de tutela via habeas corpus ou habeas data quanto aos atos praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que implique ilegalidade ou abuso no exercício de atribuições do Poder Público.

No escólio de José Cretella Junior (2002, p. 1-2):

Mandado de Segurança é a ação civil de conhecimento, de rito sumaríssimo, mediante a qual toda pessoa física, pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, sindicato, partido político, entidade de classe e associação de classe, desde que tenham, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, sofrido violação – ou tenham justo receio de sofre-la, de direito líquido

e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, a fim de que, pelo controle jurisdicional, o Poder Judiciário devolva, in natura, ao interessado, aquilo que o fato ou o ato tirou ou ameaçou tirar.

Se alguém, pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, tiver “direito” ferido, a técnica processual oferece meios contra o arbítrio administrativo.

Maria da Sylvia Zanella De Pietro assim conceitua (1999, p. 612):

Mandado de Segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual a pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus nem Habeas Data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Se, porém, o direito líquido e certo for ferido, o meio específico para defendê-lo contra a arbitrariedade do Poder Público é o mandado de segurança, desde que a lesão, ou ameaça, tenha ocorrido há menos de 120 dias e não houver necessidade de dilação probatória para a prova da lesão.

O mandado de segurança é definido como uma garantia constitucional, um remédio com assento na norma maior, “posto à disposição de titulares de direito líquido e certo lesado ou ameaçado por ato ou omissão de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público” (José Afonso da Silva, 1989, p. 386).

Trata-se de garantia contra os comportamentos ilegais das autoridades públicas, lesivos de direitos subjetivos que, líquidos e certos, não demandam instrução probatória.

Sobre essa natureza de garantia constitucional de direitos líquidos e certos, não existem discrepâncias de relevo. São, assim, condições de admissibilidade do mandado de segurança segundo a Constituição de 1988: a) a existência de um titular de direito líquido e certo (legitimidade ativa ad causam); b) que esse direito seja violado ou ameaçado (interesse de agir); c) por alguém revestido de autoridade pública ou de atribuição do Poder Público (legitimidade passiva ad causam).

2.2.1 Natureza processual

O mandado de segurança está regulamentado pela Lei nº 12.016, de 7.8.2009, que substituiu a Lei nº 1.533, de 31.12.1951, sendo considerado ação civil de rito sumário especial destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade.

Como ação civil, o mandado de segurança pode ser enquadrado no conceito de causa (art. 109, I a III da CF/88⁸), distinguindo-se das demais ações pela

⁸ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

- I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
- II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
- III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

especificidade do seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, aplicando-se, subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Objetiva, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de seus efeitos e omissões administrativas capazes de lesar direitos individuais ou coletivos, líquidos e certos.

O mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente, quaisquer que sejam a origem ou a natureza do ato impugnado, sendo certo que, por se tratar de ação de rito especial de índole constitucional, o processo do mandamus tem prioridade sobre todos os demais, à exceção do habeas corpus (art. 20 da Lei nº 12.016/2009⁵).

2.2.2 Objeto

⁵ Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus.

§ 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§ 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

No mandado de segurança, o objeto litigioso será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.

Ato de autoridade vem a ser toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Por autoridade há de se entender a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

Para fins de mandado de segurança, porém, são considerados atos de autoridade não só aqueles emanados das autoridades públicas propriamente ditas, mas também aqueles praticados por representantes ou órgãos de partidos políticos, administradores de entidades autárquicas, e, ainda, dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/2009¹⁰).

Descabida, no entanto, a impetração da ação mandamental contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviço público (art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009).

Também não são considerados atos de autoridade, passíveis de impugnação judicial via mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares cuja atividade seja apenas autorizada pelo Poder Público, como são as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, salvo se no desempenho de atividade delegada (Súmula 510/STF)¹¹.

Não se admite, ainda, mandado de segurança contra atos meramente normativos (lei em tese), contra a coisa julgada (art. 5º, III, da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 268/STF¹²) e contra os atos interna corporis de órgãos colegiados.

Tais restrições encontram óbvias explicações: as leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos, salvo quando proibitivos; a coisa julgada é passível de ação rescisória e, os atos interna corporis, não se sujeitam a correção judicial.

Nesse contexto, tem-se que o objeto do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas, por exceção, presta-se a atacar as leis e os decretos de efeitos concretos (Súmula 266/STF¹³), as deliberações legislativas e as decisões

¹⁰ Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

¹¹ Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

¹² Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado. ¹³ Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

judiciais para as quais não haja recurso com efeito suspensivo, capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

A regra, então, é o cabimento do mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, porém a lei excepciona o cabimento contra ato que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; contra decisão ou despacho judicial para o qual haja recurso processual eficaz com efeito suspensivo, ou que possa ser corrigido prontamente por via de correição e contra decisão transitada em julgado.

2.2.3 Direito líquido e certo

Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, mediante a produção de prova pré-constituída, por documentos. Nesse sentido, Alfredo Buzaid mencionou que, “entre outros julgados firmou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, se a matéria de fato é controvertida, incabível é o mandado de segurança, que pressupõe sempre direito líquido e certo fundado em fato inquestionável” (1989, p. 91).

O fato de existir controvérsia sobre a matéria de direito não retira a possibilidade de o direito caracterizar-se como líquido e certo. O que não se admite é a controvérsia sobre os fatos. Com a edição da Súmula 625⁶, o Supremo Tribunal solveu qualquer dúvida sobre a questão

⁶ Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

dispondo que “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

O direito líquido e certo na ação mandamental caracteriza-se como condição da ação na modalidade de interesse processual, ou seja, somente será o mandado de segurança o remédio adequado se existir direito líquido e certo.

Acredita-se que o conceito de direito líquido e certo nunca deixará de ser objeto de debates, porquanto há divergência quanto a sua natureza, sua comprovação, a possibilidade excepcionalíssima de dilação probatória e, inclusive, se é um instituto de direito material ou direito processual.

Em se tratando de mandado de segurança, o que se deve levar em consideração, especialmente, é a capacidade de demonstração do direito afirmado pelo impetrante.

Vicente Greco Filho explica muito bem a questão de fato e de direito no âmbito do direito líquido e certo (1989, p.162):

O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte dilação probatória.

E arremata o autor (1989, p.162):

A doutrina moderna do mandado de segurança, acolhendo essas premissas, definiu o direito líquido e certo como a certeza quanto à situação de fato, porque o direito, por mais complexa que seja a sua interpretação, tem, na própria sentença, o meio hábil para a sua afirmação.

Assim, direito líquido e certo para fins de cabimento e concessão de segurança é aquele que pode ser objeto de prova pré-constituída, representada por documentação sobre a qual não paire dúvida, ou seja, prova inequívoca, porque o rito especialíssimo do mandado de segurança não admite dilação probatória.

Lúcia Valle Figueiredo aponta que, num primeiro momento, o direito líquido e certo aparece como condição da ação, requisito de admissibilidade, quando o juiz analisa a plausibilidade do pedido e, num segundo momento, há o exame de mérito, agora mais acurado, profundo, onde, mesmo tendo sido admitida, sua existência poderá ser negada.

Assim, pode-se entender que a comprovação da existência do direito líquido e certo é, na verdade, questão de mérito, e a apresentação da documentação comprobatória da sua existência é condição da ação específica do mandado de segurança, na forma de requisito especial de admissibilidade.

Por outro lado, no momento em que o juízo vai proferir decisão de mérito, com exercício da incidência e subsunção do fato à norma, terá analisado os documentos, terá examinado seus respectivos conteúdos para, somente então, conceder ou não a segurança.

Nessa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Junior (2014, p.62).menciona que há duas oportunidades significativas para análise do requisito pelo magistrado: ao despachar a inicial, quando analisa o grau de probabilidade do direito afirmado perante as provas anexadas e, o segundo instante, após o contraditório quando, com as informações e mais subsídios, analisará o mérito Tal assertiva corrobora o fato de que não deve haver instrução probatória na ação mandamental, pois atentaria contra a própria natureza do instituto. Há exceção, obviamente, para situações em que a documentação não está em poder do impetrante e em que a própria lei n. 12.016/09 faculta, ao juízo, determinar sua exibição pela autoridade⁷. No mais, o que há é mera dilação para informações e defesa, sobre o que está sendo alegado, e não dilação probatória propriamente dita.

Assim, não é demais concluir que o direito líquido e certo é tanto condição da ação quanto de mérito, pois, de fato, a suposta lesão ou ameaça do direito deve ser pertinentemente demonstrada quando da impetração, ainda que se considere que o direito líquido e certo é analisado, em princípio, como condição da ação e, em um segundo momento, como o próprio mérito do mandado de segurança. Há, portanto, dois momentos e duas medidas na análise do seu conteúdo.

2.2.4 Ilegalidade ou abusividade

⁷ 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.

Tanto a Constituição, quanto a Lei nº 12.016/2009, indicam a ilegalidade ou abusividade como gênese do interesse de agir para o mandado de segurança.

Necessário, portanto, que os fatos que se constituem a causa de pedir se revistam de ilegalidade ou abusividade.

Na forma da teoria da asserção, a condição da ação estará presente se o demandante meramente alegar a ocorrência de ato ilegal ou abusivo.

Assim, a mera alegação de ilegalidade ou abusividade já é suficiente para caracterizar o interesse processual ao mandado de segurança. Por seu turno, no campo do mérito está inserida a análise sobre efetiva ocorrência de ilegalidade ou abusividade. Caso exista a situação alegada na inicial, deve o pedido ser julgado procedente, com a concessão da segurança. Ao contrário, não verificada a existência do ato ilegal ou abusivo, a segurança deve ser negada e o pedido julgado improcedente.

É comum relacionar a ilegalidade aos chamados atos vinculados e a abusividade aos denominados atos discricionários.

Tal relação é, todavia, insatisfatória, porque demasiadamente simplificada e genérica, sendo desprovida da clareza que permite a identificação exata do cabimento do mandado de segurança contra cada um dos possíveis e incontáveis atos que podem ser praticados pela Administração. As expressões ilegalidade e abusividade também são comumente utilizadas como se sinônimas fossem o que, definitivamente, não é o caso.

O conceito tradicional de legalidade sofreu forte modificação a partir do momento em que se passou a reconhecer efetividade às normas constitucionais. Atualmente, legalidade consiste em observância de dupla referência, tanto à lei quanto à Constituição.

Abuso de poder, por seu turno, consiste na conduta ilegítima do administrador, que atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei. Trata-se o abuso de poder, portanto, como espécie de ilegalidade. Do mesmo modo, pondera José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.45-46):

Pela própria natureza do fato em si, todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta de um agente, fora dos limites de sua competência ou despida de finalidade da lei, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade e, como tal, sujeita-se à revisão administrativa ou judicial.

De modo diverso, sustentando existir distinção entre ilegalidade e abusividade, José Carlos Barbosa Moreira (1997, p.201):

O conceito de ilegalidade obviamente se define por oposição, por contraste. É ilegal tudo aquilo que não é legal, ou seja, é ilegal tudo aquilo que não está de acordo com a lei. Já o conceito de abuso de poder é mais fluido, é menos facilmente delimitável. Superficialmente, sem nenhuma pretensão de exaurir o assunto, sugeriria que se pode falar de abuso de poder em vez de ilegalidade, quando o ato que se visa não viola, abertamente, nenhum preceito legal. Contudo, corresponde ao exercício de um poder, de uma atribuição, de maneira irregular, no sentido de que a autoridade que pratica o ato o está praticando fora das finalidades próprias para as quais a lei lhe conferiu aquele poder, ou com excesso de rigor, adotando providência que não é proporcional ao resultado que se deseja atingir. Nessas hipóteses, nós poderíamos dizer que se trata de um ato, embora não ilegal, contudo, abusivo, isto é, praticado com abuso, com mau uso do poder de que desfruta aquela autoridade.

O abuso de poder divide-se em duas espécies: excesso de poder e desvio de poder. O primeiro consiste na atuação do agente fora dos limites de sua competência, ao passo que, no segundo, embora o agente atue dentro de sua competência, ele se afasta do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo.

3. O PRAZO DA AÇÃO MANDAMENTAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL

3.1 O termo inicial do prazo

A lei do mandado de segurança diz que o direito de requerer a proteção judicial através do writ extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (Lei nº 12.016/2009, art. 23⁸).

Esse prazo se inicia no momento em que o ato impugnado se torna exequível, isto é, “quando se torna capaz de produzir lesão ao direito do impetrante” (MEIRELLES, 1989, p. 28).

⁸ Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Na visão do doutrinador, ainda que preventiva a segurança, deve-se pressupor a existência de um ato perfeito e exequível, embora ainda não executado.

Impõe-se a ciência pelo interessado do ato impugnado, a fim de que se inicie a contagem do prazo de impetração do mandamus. A ciência do ato impugnado pode se dar em virtude de sua publicação no órgão oficial; ou do conhecimento direto da parte, ao apor o seu “ciente” no documento respectivo. A ciência, poderá, ainda, efetivar-se mediante procuração com poderes especiais para tanto.

Na contagem do prazo, há de considerar-se a regra do art. 224 do Código de Processo Civil de 2015⁹, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, devendo as datas inicial e final coincidir com dias úteis.

Iniciado o prazo, de regra, não sofrerá qualquer espécie de interrupção ou suspensão, nos moldes do art. 207 do CC/2002¹⁰, ressalvada a hipótese dos absolutamente incapazes.

Questão relevante é saber se, enquanto cabível recurso administrativo sem efeito suspensivo, inicia-se o prazo para impetração do mandado de segurança.

A leitura isolada do art. 5º, I, da Lei nº 12.016/2009¹¹ levaria à conclusão de que, por um lado, o recurso dotado de ambos os efeitos impediria a utilização do mandado de segurança e, por outro lado, se o recurso for dotado apenas do efeito devolutivo, o prazo iniciaria seu curso, havendo ou não interposição do apelo administrativo.

Já com relação ao pedido de reconsideração, o raciocínio é distinto. A reconsideração pode estar ou não prevista na lei ou no regulamento. Caso prevista, funciona como verdadeiro recurso. Ao contrário, não tem o condão de suspender o curso do prazo.

Tal orientação está consolidada pela Súmula 430/STF¹² que ostenta a seguinte redação: “pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança”.

⁹ Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.

¹⁰ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

¹¹ Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

¹² Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.

A decisão que tratar do pedido de reconsideração não substitui a decisão anterior e, por isso, não impede o início do prazo para impetração do mandado de segurança.

De outro lado, impõe-se a distinção de três situações possíveis: a) mandado de segurança impetrado contra ato positivo; b) mandado de segurança impetrado contra ato omissivo; c) por fim, mandado de segurança preventivo.

No primeiro caso, o prazo para impetração do writ passa a fluir desde o dia em que o impetrante tenha ciência do ato com sua força executiva. Como dito, a lei do mandado de segurança, em seu art. 23, exige a ciência do ato, não bastando considerar-se, apenas a sua executoriedade.

No segundo caso, na hipótese de omissão do agente público, não há prazo para impetração do mandamus. Na verdade, não sendo perpetrado o ato ilegal, não se pode iniciar o cômputo do prazo para a sua impugnação. De fato, havendo um prazo legal para a realização do ato, decorrido este, o prazo para propositura da ação mandamental terá início.

Nesse sentido, ensina Celso Agrícola Barbi (BARBI, 2000, p.137):

Quando a lei fixar prazo para a autoridade praticar o ato e a realização deste não depender de pedido do interessado, devendo ser praticado ex officio, o prazo para o requerimento do mandado começará a correr do dia em que terminar aquele prazo fixado na lei, pois aí começará o ato lesivo

Por fim, a terceira e última hipótese refere-se ao mandado de segurança preventivo.

Nesse caso, de igual forma, não há possibilidade de fluência do dies ad quem na medida em que o mandado de segurança será impetrado antes da realização de um determinado ato, não havendo transcurso de prazo qualquer.

3.2 Prescrição e decadência

Antes de adentrar ao tópico atinente à natureza do prazo do mandado de segurança, cumpre tecer algumas considerações acerca da distinção entre a prescrição e a decadência.

Muito embora prescrição e decadência sejam manifestações do tempo em relação aos direitos os seus regimes são, de certa forma, diferenciados. Isso destaca a importância em se distinguir, com precisão, os prazos que são de decadência dos que são de prescrição.

A dificuldade em se encontrar critérios seguros para diferenciar prescrição e decadência é ressaltada por quase toda a doutrina. Até mesmo hoje, não se pode dizer que há uma teoria, ou um critério seguro para distinguir os dois institutos.

O critério segundo a qual a prescrição ocorre em relação a ação, enquanto a decadência se dá em relação ao direito, não resistiu às críticas endereçadas por parte daqueles que defendem a teoria autonomista da ação. Nessa toada, ainda que haja decorrido o prazo de prescrição, será possível a utilização da ação, já que esta representa um meio de provocação da atividade jurisdicional, constitucionalmente protegido.

Com o advento do novo código civil, o legislador, buscando ser mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, adotou conceituação diversa para a prescrição. Esta deixou de ser conceituada como a perda do direito de ação, para ser considerada como a perda da pretensão (art. 189 do CCB¹³).

Um outro critério distintivo entre os institutos é o legal, segundo o qual a própria lei definirá se o prazo é de prescrição ou de decadência.

No Código Civil de 2002, os prazos de prescrição estão taxativamente discriminados na Parte Geral (arts. 205 e 206²²) sendo, de decadência, todos os demais.

²² Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

¹³ Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. § 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela; IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que dispendeu em juízo.

Cabe, ainda, mencionar o chamado critério científico de distinção dos conceitos, que parte da distinção entre direitos subjetivos e potestativos, assim como da classificação das ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

Dessa forma, estariam sujeitas à prescrição somente as ações condenatórias, através das quais se pretende o cumprimento por parte do requerido de uma determinada prestação. A ação condenatória é uma forma de exercício de uma pretensão, e o instituto da prescrição refere-se à extinção de uma determinada pretensão. Logo refere-se à extinção do direito de exigir uma determinada pretensão.

Lado outro, a decadência está relacionada ao exercício dos chamados direitos potestativos, onde não há uma pretensão a ser deduzida. Quando há um prazo fixado em lei para o exercício do direito potestativo, esse será de decadência; e quando não houver, o direito será imprescritível. Os direitos potestativos são exercidos por meio de ações de natureza constitutiva, que poderão apresentar ou não prazo de decadência, dependendo de expressa previsão legal. Importa mencionar que as ações de natureza declaratórias são imprescritíveis, não estando sujeitas a qualquer tipo de prazo, pois visam a obtenção de certeza.

A respeito do tema, colhe-se o ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY, 2003, p.640)

A afirmação de que a prescrição extingue a ação e a decadência extingue o direito é insuficiente para distinguir os dois institutos. A demonstração feita por Angelo Amorim Filho deve ser acolhida para o sistema do CPC, como o foi, expressamente, pelo CDC 26 e 27 e pelo novo CC (L10406/02) (arts. 189 a 211). Por esse critério, somente as pretensões exercitáveis por meio de ação condenatória é que estariam sujeitas, sempre, à prescrição, porque somente os direitos à prestação é que podem ser violados.

[...]

Os direitos potestativos, isto é, aqueles que podem ser exercidos independentemente de haverem sido lesados, são exercitáveis em juízo por meio de ação constitutiva (positiva ou negativa). Quando a lei estabelecer prazo expresso para o exercício da pretensão constitutiva, esse prazo é de decadência. Quanto às prestações constitutivas sem prazo de exercício previsto em lei, bem como quanto às pretensões declaratórias, não existe possibilidade de se extinguirem, razão pela qual se fala que são imprescritíveis

Deve ser ainda consignado que o prazo decadencial, quando existente, tem o seu curso iniciado juntamente com o nascimento do direito potestativo. Já o prazo prescricional somente inicia o seu curso com a violação do direito subjetivo, quando nasce a pretensão.

Por fim, os prazos de prescrição não podem ser alterados pelas partes, consoante o art. 192 do Código Civil Brasileiro de 2002¹⁴, enquanto os de decadência podem ser convenionados pelas as partes, como se infere do art. 211¹⁵ do citado códex.

Assim, a decadência pode ser legal ou convencional, enquanto a prescrição somente pode ser legal. Os prazos de prescrição apresentam causas de impedimento, suspensão e interrupção.

As causas de impedimento do prazo prescricional obstam o início deste; as de suspensão, implicam na paralisação do prazo e, quando reiniciado, implicam no cômputo do lapso temporal já transcorrido e, as de interrupção, fazem com que o prazo transcorrido seja desprezado e reiniciado o seu curso a partir do início.

¹⁴ Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

¹⁵ Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

A decadência, por sua vez, salvo expressa disposição legal em contrário, não se suspende e nem se interrompe conforme previsão do art. 207 do CC/02¹⁶. De acordo com a regra do artigo 332, § 1º do Código de Processo Civil de 2015¹⁷, a decadência e a prescrição, poderão ser pronunciadas de ofício pelo juízo, que julgará liminarmente o pedido.

3.3 A natureza jurídica do prazo

Questão importante a ser indagada sobre o prazo para impetração do mandado de segurança refere-se à sua natureza jurídica.

Consoante já mencionado, a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXIX, prevê que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público”.

Noutro giro, a lei do mandamus menciona que, tendo ciência do ato impugnado, abre-se o prazo de cento e vinte dias para a impetração de segurança.

Ultrapassado esse prazo, extingue-se o direito do impetrante, que poderá ir a juízo por meio de outro tipo de ação. Extingue-se, desse modo, o direito ao mandado, não o direito material perseguido na via mandamental

As lições doutrinárias a respeito da natureza jurídica do prazo previsto para a impetração do mandado de segurança dividem-se, basicamente, entre os autores que o entendem como decadencial, prescricional, preclusivo e extintivo.

¹⁶ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

¹⁷ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: ...

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Muito embora grande parte da doutrina, do próprio legislador, no § 6º do art. 6º da Lei 12.016/2009²⁷, e da jurisprudência dominante lhe atribuírem o predicado da decadência, a compreensão ontológica desse prazo apresenta profunda relevância, considerando a distinção entre os mencionados institutos.

Arruda Alvim, em sua obra “Mandado de Segurança no Direito Tributário” cita entendimento firmado pelo mestre Pontes de Miranda sobre o tema (ALVIM, 1998, p.112):

²⁷ 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.

...

§ 6º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Autores há, como Pontes de Miranda, que falam em prazo preclusivo, denominação que nos parece inadequada, dado que a preclusão não diz respeito à “existência ou inexistência de um direito subjetivo, mas sim, às faculdades e aos poderes processuais, embutidos nos ônus que lhe sejam respectivos.

Ocorre, todavia, que os prazos preclusivos estão relacionados ao procedimento e à relação processual, só se cogitando de preclusão quando há um processo inaugurado. Se o transcurso do prazo do mandado de segurança inibe a utilização do writ, é anterior ao processo, não havendo sentido de qualifica-lo como preclusivo.

Uma outra orientação doutrinária que pode ser citada é a que define o prazo para impetração do mandado de segurança simplesmente como um prazo extintivo. Tal doutrina pugna pela existência de um direito à propositura do mandado de segurança, o qual estaria sujeito a um prazo extintivo.

A propósito:

O prazo para impetrar mandado de segurança não é prazo preclusivo, porque ele não se verifica no curso do processo, tampouco é de prescrição ou de decadência, porque não fere mortalmente o direito material, que remanesce imprejudicado, podendo ser pleiteado por via ordinária. O prazo é extintivo de uma faculdade pelo seu não exercício dentro de cento e vinte dias, contados da ciência do ato a ser impugnado. Não se justifica, pois, recorrer aos conceitos de prescrição, de decadência e de preclusão, para explicar a natureza do prazo, quando a própria lei subministra a ideia correta, que é a de extinção do direito de requerer mandado de segurança. (BUZAID, 1989, p.159-160).

A doutrina, em geral, atribui ao prazo em referência o caráter de prazo decadencial. Mais adequado se nos afigura, no entanto, a classificação que lhe dá o Prof. Alfredo Buzaid, ao concebê-lo como simples prazo extintivo, atento à circunstância de que o decurso desse lapso de tempo não impede o interessado de deduzir a pretensão pelas vias ordinárias. (MEDINA, 2003, p.152).

Nessa linha de raciocínio, o próprio legislador teria optado pela comodidade do termo extinção ao se referir ao lapso temporal para o ingresso da ação de mandado de segurança.

A Lei nº 12.016/2009, em seu art. 23 prescreve: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

A tese, contudo, ficou minoritária na doutrina. A expressão prazo extintivo além de vaga, foi considerada imprecisa, levando em conta, ainda, que a prescrição, a decadência e a preclusão, por si só, já corresponderiam a prazos extintivos. Dessa forma, a classificação jurídica do prazo para impetração do mandamus como extintivo, não elucidaria qual o regime a ser aplicado ao mesmo – se de decadência ou de prescrição.

Ademais, a afirmativa de que referido prazo seria extintivo, nos dizeres de Sérgio Cruz Arenhart, não passa de uma “mera tentativa de esquivar-se do problema, sem, contudo, enfrentá-lo” (1996, p.182). Que se trata de prazo extintivo ninguém nega. A problemática envolve a natureza jurídica deste prazo extintivo.

Sem dúvida, a maior discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza do prazo da ação mandamental gira em torno deste ser prescricional ou decadencial.

A rigor, a natureza jurídica desse prazo dependerá do conceito que for adotado para os institutos de prescrição e decadência. Se considerada a prescrição como a perda do direito de ação e a decadência a perda do direito material, o prazo do art. 23 da Lei 12.016/2009 deverá ser de prescrição, porquanto com o decurso do prazo não se perde o direito material, mas sim a ação do mandado de segurança.

Esse critério, contudo, não se afina com a moderna concepção de prescrição e decadência e nem mesmo com os preceptivos do Código Civil. Os prazos de prescrição, na verdade, implicam na perda da pretensão e não da ação.

Nesse sentido, inclusive, pode-se destacar novamente o princípio da *actio nata* positivado no ordenamento na forma do art. 189 do CCB/2002¹⁸ ao dispor que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos. 205 e 206.”

Nesse contexto, não havendo perda da pretensão com o decurso do prazo do mandado de segurança, não há que se falar em prazo prescricional, mas sim em prazo decadencial.

Importa ressaltar que o que se perde com o decurso do prazo de 120 dias da LMS, é o interesse, adequação para a propositura do mandado de segurança. Isso não significa dizer que a pretensão não possa ser analisada em outras vias processuais, em sede de ação de rito comum, na via ordinária.

Decorrido o prazo legal, a via estreita do *mandamus*, deixa, todavia, de ser adequada para análise da pretensão.

A propósito, colaciona-se:

Doutrina e jurisprudência não hesitam em reconhecer neste um prazo decadencial e não meramente prescricional. Trata-se de prazo cuja consumação acarreta a perda de um direito. Aqui se trata da perda do direito de impetrar o mandado de segurança. (BUENO, 2002, P.144)

O prazo para impetrar mandado de segurança é o cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. (MEIRELLES, 2000, p.50)

Ressaltando a sua opção por considerar o prazo decadencial, Othon Sidou afirma que (1998. p.233):

A suposta confusão está em que todo direito, potestativo ou constitutivo, só pode ser encaixado por uma ação, que o assegura, porém a confusão se esvai se separarmos os tipos de ação, uma, específica, para o direito que já nasceu para ter vida num dado lapso de tempo, e outra, genérica, para o direito que está constituído e que impõe

¹⁸ Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

reparação contra a ilegalidade ou o abuso de poder, e, assim, insere-se no quadro geral para que se ergue o processo, ou direito de perquirir em juízo o que é devido

Na disciplina do autor, o direito de o impetrante propor o mandado de segurança pode decair, mas o direito de reparação contra a ilegalidade ou o abuso de poder, ao contrário, não decai, podendo ser perseguido por outros meios processuais.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, realçado pela Súmula 632²⁹, no sentido de que o prazo de 120 (cento e vinte) dias detém natureza decadencial.

As consequências (processuais e materiais) desta opção, todavia, variam ao sabor da jurisprudência, que se encontra dividida inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Para muitos, a incoerência do mencionado verbete sumular seria justamente no reconhecimento de que o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança é decadencial. Isso porque, a decadência é instituto de direito material, cujo reconhecimento é motivo para resolução do processo com análise de mérito, justamente pelo fato de acarretar a extinção do direito material conforme disposição do art. 487, II do CPC/15.³⁰

A par de associar-se à corrente que atribui natureza decadencial ao aludido prazo o Superior Tribunal de Justiça, nem sempre, ao reconhecer a caracterização da decadência, julga pela extinção dos feitos com resolução de mérito, pois também opta pela extinção sem resolução de mérito.

Confirmam-se os seguintes precedentes, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. ATO COATOR. CLASSIFICAÇÃO DE COMPORTAMENTO COMO "MAU". ANO DE 1996. MANDAMUS PROPOSTO EM 2012. DECADÊNCIA.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado com a finalidade de anular ou suspender ato administrativo que classificou como "mau" o comportamento do impetrante, o que,

²⁹ É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

³⁰ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - ...;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

entre outros prejuízos alegados, teria impedido promoções na carreira militar.

2. Apesar de o presente mandamus ter sido proposto após ciência do despacho decisório nº 014/2012, no qual se julgou prejudicado requerimento de promoção, por força da prescrição, o pedido inicial formulado é de invalidação de ato administrativo que, em 2 de janeiro de 1996, alterou o comportamento do impetrante para "mau" (art. 50, § 1º, "5", do Decreto 90.608/1984) (fls. 26-27).

3. Como o presente Mandado de Segurança fora ajuizado em 14.3.2012 e o ato administrativo impugnado, praticado em janeiro de 1996, afigura-se manifesta a decadência, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2009.

4. Segurança denegada. Processo extinto sem resolução de mérito, nos moldes do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, ressalvada a via ordinária. (Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.18.316/DF, Ministro Relator Herman Benjamin, 1ª Seção, Brasília, DJe 19/12/2016)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. DATA DA CIÊNCIA DO ATO IMPUGNADO.

PUBLICAÇÃO DA PORTARIA QUE DEMITIU A IMPETRANTE. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA SEM EFEITO SUSPENSIVO QUE NÃO SUSPENDE NEM INTERROMPE A DECADÊNCIA. RECONHECIDA A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REQUERER O MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, que teria demitido Marly Spinola do Amaral do cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, sem a observância do devido processo legal.
2. O prazo para impetração do Mandado de Segurança tem início na data em que o impetrante toma ciência do fato impugnado, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2009.
3. In casu, a Portaria 1747, de 30/8/2011, que demitiu a impetrante, foi publicada em 31/8/2011, conforme fls. 162-163. Assim, o presente writ, impetrado em 7.2.2012 (fl. 1), foi proposto fora do prazo de 120 dias do artigo 23 da Lei 12.016/2009.
4. Esclareça-se que o pedido de reconsideração ou recurso administrativo destituído de efeito suspensivo não tem o condão de suspender ou interromper o curso do prazo decadencial, conforme a Súmula 430/STF: "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança". Nesse sentido: AgRg no AgRg no RMS 33.147/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 22/11/2012; AgRg no RMS 36.299/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/8/2012; AgRg no MS 17.469/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 4/10/2011, e AgRg no RMS 42.870/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/11/2014.
5. A agravante informou que requereu, no seu pedido de reconsideração, a concessão do efeito suspensivo, contudo esclareceu que o pedido de reconsideração não foi recebido no efeito suspensivo (fl. 597).
6. Por fim, o parecer do Parquet Federal, exarado pelo Subprocurador-Geral da República Mauricio Vieira Bracks, bem analisou a questão: "Na hipótese vertente, a própria Impetrante afirma que "O objetivo do presente mandamus é anular a decisão do então Ministro do Trabalho e Emprego. (...) que indevidamente exonerou a

Impetrante, através de duas decisões sucessivas preferidas [sic] nos autos do processo disciplinar nº 46010.001552 2006-11. (...) a exoneração datada de 30 de agosto de 2011 e a negativa de reconsideração, após o devido pedido, datada de 31 de outubro de 2011" (fl. e-STJ 3). De fato, a Portaria nº 1747, de 30.08.2011 (fl. e-STJ 162), que aplicou a penalidade de demissão à Impetrante, foi publicada no DOU de 31.08.2011 (fl. e-STJ 163), iniciando-se na data da publicação a contagem do prazo decadencial para eventual impetração objetivando impugnar tal ato supostamente coator, com termino, fatal e improrrogável, no dia 28.12.2011.

Todavia, o presente writ somente foi impetrado em 07.02.2012 (conforme protocolo à fl. e-STJ 1). fora, portanto, do prazo de 120 dias previsto no artigo 23, da Lei nº 12.016/2009. Assim, por estar configurada a decadência do direito de requerer mandado de segurança, deve ser denegada a ordem pleiteada pela Impetrante, com a extinção do respectivo processo, com resolução de mérito, conforme o disposto no artigo 269, inciso IV, do CPC, c.c. o artigo 23, da Lei nº 12.016/2009." (fls. 577578, grifo acrescentado).

7. Portanto, ficou configurada a decadência do direito de requerer o Mandado de Segurança.

8. Agravo Regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 18.137/DF, Ministro Relator Herman Benjamin, 1ª Seção, Brasília, DJe 29/11/2016).

A primeira corrente, embora ajustada à sistemática processual, produz decisões estranhas à Lei nº 12.016/2009 e ao novo CPC, e cria grave prejuízo ao impetrante.

Explica-se: por fulminar o próprio direito material perseguido, o reconhecimento da decadência, mediante a conseqüente extinção do feito com resolução de mérito, implica a formação de coisa julgada material, inviabilizando eventual tentativa posterior para acudir o mesmo direito, ainda que mediante processo judicial diverso.

De outro lado, há aqueles que variam sua forma de pensar apenas no que toca às consequências da aplicação do prazo decadencial, negando-lhe os efeitos ditados pela Lei Processual. Dessa forma, não obstante considerem decadencial o prazo, entendem inaplicável o art. 487, II do CPC/15³¹ (269, IV do CPC/73³²), de modo que a extinção do processo se daria sem a resolução de mérito.

Essa segunda corrente, todavia, acaba por pecar pela incongruência com o sistema processual, por gerar espécie *sui generis* de decadência, não prevista em lei, apesar de os efeitos que dela provém serem adequados para os casos em que se extinguem mandados de segurança pelo descumprimento de prazo legal.

Ainda que se trate de um posicionamento tecnicamente questionável, sua adoção afasta em definitivo a impossibilidade de rediscussão da matéria por outras vias procedimentais. A aplicação do disposto no art. 23 da Lei 12.016/2009 atingiria o direito de escolha do procedimento do mandado de segurança, não o direito material subjetivo que se pretende tutelar pela via do writ.

A análise do nome dos institutos, no entanto, não deve ser o foco dos esforços, mas o fenômeno jurídico para o qual este aponta, restando concordar com o professor Hugo de Brito Machado (2002, p.71-82), que afirmava a natureza própria e específica do prazo de impetração do writ, onde predominam as regras da decadência e da preclusão.

Ou, então, com o magistério do mestre Buzaid (1989, p.160), segundo o qual, se o dispositivo legal prescreve que o direito de requerer mandado de segurança

³¹ CPC/15

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

³² CPC/73

Art. 269. Haverá resolução de mérito:

...

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

extinguir-se-á, é porque se trata de prazo extintivo, e é assim que ele deve ser considerado, aplicando-se, entretanto, as regras da decadência.

A lição de Guilherme Freire de Barros Teixeira é elucidativa (TEIXEIRA, 2007, p.21):

Feitas essas considerações, conclui-se que o prazo previsto no art. 18 da LMS é simplesmente extintivo do direito à utilização do mandado de segurança. Trata-se, pois, de prazo que, uma vez decorrido, acarreta a perda do direito de impetração do mandamus, não fulminado o direito material, que poderá ser pleiteado por outra via, nem mesmo o direito de ação, continuando à disposição do interessado outros mecanismos processuais que possam garantir a apreciação pelo Poder

Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, XXXV, da CF/1988.

Assim em que pesem os argumentos contrários, o fato é que se o prazo estabelecido no art. 23 da LMS fosse decadencial, em não se impetrando o mandado de segurança em 120 dias, da ciência do ato impugnado, estaria extinto o direito material do impetrante, o que implica dizer que não caberia rediscutir a matéria por ação mandamental, nem por qualquer outra ação ordinária. No entanto, ainda que ultrapassado o prazo legal, o interessado pode buscar as vias ordinárias para rediscutir o seu direito.

A perda do prazo de impetração do mandado de segurança não pode significar mais do que a impossibilidade de utilização dessa ação constitucional, remanescendo ao interessado outras vias para buscar o reconhecimento do seu alegado direito.

Em consequência, se o mandado de segurança for ajuizado depois do prazo estabelecido pela LMS, haverá carência da ação mandamental, por falta de interesse de agir, dada a inadequação da via processual eleita pelo autor. Acrescente-se que em havendo o reconhecimento do decurso de cento e vinte dias, extinta a ação mandamental por falta de interesse de agir, não poderá o interessado simplesmente reproduzir a demanda anterior mediante nova impetração, pois haverá o mesmo desfecho.

O prazo previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009 é processual, relacionado especificamente com a possibilidade de manejo de um procedimento especial; e por isso, não seria aceitável rotulá-lo de decadencial.

Impõe-se verificar que, publicada a nova lei do mandado de segurança, faltou ao legislador a oportunidade de sanar equívoco doutrinário e jurisprudencial que há tempos vem maculando o sistema de direito positivo, criando uma forma especial de decadência, mas que dela não se trata.

3.4 A constitucionalidade do prazo

Como visto, por força do art. 23 da Lei nº 12.016/2009, o direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Essa previsão, quanto ao prazo, porém, não consta do texto da Constituição Federal, que ao dispor sobre o mandado de segurança no artigo 5º, inciso LXIX, assim o fez:

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

É de se constatar que, embora inexistindo qualquer restrição quanto ao prazo para a sua impetração, o legislador ordinário optou por restringir o exercício da garantia constitucional do mandamus ao prazo de 120 (cento e vinte) dias.

Parece que o ponto comum dos que defendem a inconstitucionalidade deste prazo é um só, qual seja, o de que o legislador ordinário não teria o poder de limitar sob o aspecto temporal a utilização de um remédio processual que tem a estatura constitucional no âmbito dos direitos fundamentais.

A previsão de um prazo para o exercício da garantia constitucional do mandado de segurança, portanto estaria destoando do texto da Constituição Federal, não sendo recepcionada por esta.

Apesar de respeitável setor da doutrina sustentar a inconstitucionalidade do prazo para a impetração do mandamus, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo entendimento acadêmico dominante, editou a súmula 632, para consignar que “é constitucional a lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança”.

A súmula, da forma como redigida, permite que o legislador ordinário estabeleça qualquer prazo para impetração do mandado de segurança. Na verdade, ela não faz qualquer menção específica ao prazo de 120 (cento e vinte) dias. Apenas destaca que é constitucional a lei que fixa prazo para a impetração do mandado de segurança. Assim, à luz do verbete sumular, poderá o prazo ser alterado pelo legislador infraconstitucional, até mesmo reduzido.

CONCLUSÃO

Em linhas de conclusão pode-se afirmar que historicamente o mandado de segurança é resultante do desenvolvimento e ampliação do alcance do habeas corpus. Trata-se, sem dúvida, de um instrumento criado com a finalidade de proteger direitos individuais ou coletivos, não amparados por habeas corpus nem habeas data, em decorrência de uma ação ou omissão de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

A ação mandamental, como garantia constitucional, consiste num dos mais importantes meios para que o cidadão possa garantir o seu direito líquido e certo diante de um ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública.

A impetração do mandado de segurança, contudo, requer a demonstração da existência de direito líquido e certo pelo que, havendo necessidade de produção de provas para sua comprovação, não será cabível este instituto, devendo-se analisar outras ações hábeis a preservar o direito violado.

Conforme se viu, prevalece em doutrina e jurisprudência entendimento de que o prazo para a impetração da ação mandamental é decadencial, na forma da súmula nº 632/STF¹⁹.

O reconhecimento da decadência da impetração, entretanto, cria uma situação bastante interessante do ponto de vista técnico-jurídico, e que merece reflexão.

A partir do princípio de que a decadência é a perda do direito pelo decurso do prazo e inércia do titular, seria razoável supor que, uma vez decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias, a parte não pudesse reclamar aquilo que se tutelaria pelo mandado de segurança. Ocorre, no entanto, que a decadência para o mandado de segurança é apenas da via mandamental, de modo que não há impedimento qualquer para o exercício da pretensão por via diversa.

Trata-se, assim, de situação paradoxal, em que a decadência não afeta o “fundo de direito” do impetrante, mas apenas subtrai da parte o procedimento especial e sumário do writ.

Observa-se, ainda, a existência de precedentes judiciais que, reconhecendo a extrapolção do prazo legal, proclamam a decadência e a extinção do feito, ora com resolução de mérito, ora sem resolução de mérito.

A adoção da primeira corrente, da extinção do feito com resolução do mérito, ensejaria a formação de coisa julgada material e a impossibilidade de rediscussão da matéria em qualquer outra demanda, até porque, como visto, a decadência fulmina o próprio direito material. Em consequência, ajuizada demanda diversa do mandamus para pleitear o mesmo direito substancial debatido neste, poderia ser alegada objeção de coisa julgada. Acontece que, de forma peculiar há o reconhecimento de prazo decadencial, levando ao julgamento do 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.

¹⁹ É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

A segunda, por sua vez, ao extinguir o feito sem o julgamento do mérito, peca justamente pela incongruência com o sistema processual, por gerar espécie *sui generis* de decadência, não prevista em lei, apesar de os efeitos dela provenientes serem adequados para os casos em que se extinguem mandados de segurança pelo descumprimento do prazo legal.

A dicotomia jurisprudencial apresentada neste estudo induz à insegurança jurídica, porquanto os efeitos para o interessado ostentam repercussões processuais tecnicamente diversas, e podem impedir, ou não, o ajuizamento de nova ação com os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos.

Na prática forense essa técnica processual, ainda que questionável, não tem gerado maiores consequências. Com efeito, não se vislumbram casos nos quais, reconhecida a decadência do direito à impetração, haja impedimento de renovação da discussão do tema de fundo em sede processual ordinária.

Com o devido respeito, a adoção do entendimento de que a natureza do prazo de extinção da ação mandamental é decadencial mostra-se equivocada, porquanto amolda certo fenômeno processual (a perda do prazo de ajuizamento do mandado de segurança) a uma determinada categoria jurídica, admitindo uma de suas consequências processuais (a resolução do mérito), mas desprezando ou ignorando os efeitos materiais daí decorrentes (a extinção do próprio direito material e a consequente impossibilidade de rediscussão da matéria).

Impõe-se verificar que, publicada a nova lei do mandado de segurança, faltou ao legislador a oportunidade de sanar equívoco doutrinário e jurisprudencial que há tempos vem maculando o sistema de direito positivo, criando uma forma especial de decadência, mas que dela não se trata.

Ao cabo dessas considerações, entende-se que o prazo para a impetração do mandado de segurança tem natureza própria, é simplesmente extintivo do direito de exercício de uma faculdade, não fulminando o direito material, que poderá ser pleiteado por outra via, nem mesmo o direito de ação, continuando à disposição do interessado outros mecanismos processuais que possam garantir a apreciação da questão controvertida pelo Poder Judiciário, em atenção ao contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal²⁰.

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

REFERÊNCIAS

ALVIN, Eduardo Arruda. Mandado de Segurança em Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. Mandado de Segurança. Prazo para impetração. Gênesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba. v.1, janeiro/abril 1996.

BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. v.1, São Paulo: Saraiva, 1934.

BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 9. ed. Revisada e atualizada por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Guilherme Freire de. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BUENO, Cassio Scarpinella, Mandado de Segurança: Comentários às Leis n. 1533/1951, 4348/1964 e 5021/1966. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZAID, Alfredo. Do Mandado de Segurança. v.1. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA JR., José. Comentários à Lei do Mandado de Segurança. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. Mandado de Segurança Preventivo e Decadência – breves considerações. Revista Dialética de Direito Tributário. v. 80. p.66-68, São Paulo, 2002.

FLAKS, Milton. Mandado de Segurança. v.1, São Paulo: Saraiva, 1980.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACHADO, Hugo de Brito. Mandado De Segurança Preventivo E Decadência Do Direito à Impetração. Revista Dialética de Direito Tributário. v.83. p.71-82, São Paulo, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia. Direito Processual Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data', Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Preceito Fundamental. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e 'Habeas Data'. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEIRELLES, Helly Lopes. Mandado de Segurança e Ação Popular. 6.ed. São Paulo: Editora RT, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Segurança – uma apresentação – Temas de Direito Processual - Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOUTA, José Henrique. Mandado de Segurança. 3.ed.Salvador:Jus Podivm, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual Civil Extravagante em Vigor. 7.ed. revisada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009.

SIDOU, J. M. Othon. Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular: as garantias ativas dos direitos coletivos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Amaury. O Novo Mandado de Segurança. Comentários à Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009: disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. São Paulo: J. H. Mizuno, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

TEXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Natureza Jurídica do Prazo para Impetração do Mandado de Segurança. Revista de Processo. v.149. São Paulo: Editora RT, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei do Mandado de Segurança Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. Mandado de Segurança – comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.