



O Superior Tribunal de Justiça e a divergência sobre as implicações do reconhecimento do prazo “decadencial” em sede de mandado de segurança

Lúcio Delfino

Advogado. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Professor universitário. Advogado.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A constitucionalidade do prazo. 3. O problema da natureza jurídica do prazo e as suas implicações. 4. Conclusões.

Resumo: Pretende-se apontar a divergência jurisprudencial existente no Superior Tribunal de Justiça entre acórdãos que, ao reconhecerem a incidência do prazo “decadencial” em sede de mandado de segurança, extinguem o processo, ora com base no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, ora julgando sem resolução de mérito.

1. Considerações iniciais

Em um dos editoriais publicados rotineiramente no seu *site*, Fredie Didier Jr. elucidou seu descontentamento com questão conexa ao prazo legal para a impetração do mandado de segurança.¹ Referiu-se em específico ao decidido recentemente no MS 14.556-DF, pela 3ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça.²

Ali, caracterizado que a impetração do *mandamus* deu-se após os 120 (*cento e vinte*) dias previstos legalmente (Lei n. 12.016/09, art. 23), a decadência foi declarada e o processo extinto *com resolução de mérito*. A interpretação eleita contrariou à literalidade do art. 23 da Lei n. 12.016/99, com efeito prático não restrito à validação da perda do direito *de manejo* do procedimento especial do mandado de segurança.³ Em outros termos: a opção pelo julgamento *com resolução de mérito* traduziu-se estranhamente no *reconhecimento da própria falência do direito objeto do litígio*, com o resultado nefasto, desautorizado pela Lei n. 12.016/99, de impedir que a pretensão de direito material se renovasse mediante via procedimental diversa.⁴

O problema é antigo e remete ao debate atinente à *natureza* do aludido prazo. Abra-se um parêntese para sublinhar que a Lei n. 12.016/09 não trouxe novidades quanto a

temática – o prazo para a impetração do mandado de segurança permanece sendo de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado –, pois basicamente reproduziu, em seu art. 23, a redação já incorporada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei n. 191/36, passando pelo Código de Processo Civil de 1939 e pela Lei n. 1.533/51, atualmente revogadas.⁵

Este ensaio propõe-se a criticar este entendimento vez ou outra revigorado em julgados do Superior Tribunal de Justiça. Antes, porém, até como premissas lógicas do estudo, tratar-se-ão brevemente das temáticas da constitucionalidade do prazo e da posição assumida em sede jurisprudencial sobre a sua natureza.

2. A constitucionalidade do prazo

Há aqueles, por assim dizer, mais radicais, que sequer reconhecem a constitucionalidade de norma legal endereçada a instituir um prazo para a impetração do remédio heroico.

Advogam que o legislador ordinário não estaria autorizado a limitar temporalmente à concessão da segurança, de índole eminentemente constitucional (CF/88, art. 5º., LXIX E LXX), uma vez que o próprio constituinte impôs, como único requisito para tanto, a existência de direito líquido e certo. E mais: na medida em que o *mandamus* situa-se entre os direitos e garantias fundamentais, estariam descartadas, só por isso, tentativas de restringi-lo frente à sua aplicação imediata e eficácia plena (CF/88, art. 5º., § 1º).

Entre outros, essa é a posição defendida, com vigor e talento, por Cassio Scarpinella Bueno, para quem o art. 18 da (hoje revogada) Lei n. 1.533/51 esbarrou na previsão constitucional do mandado de segurança feita pelo art. 141, § 24, da Constituição Federal de 1946, desafiou o previsto no art. 150, § 21, da Constituição de 1967, e também atentou ao que rezava o art. 153, § 21, da Constituição de 1969. E depois da entrada em vigor da Constituição de 1988, esse mesmo dispositivo teria em definitivo perdido seu

fundamento de validade porquanto incompatível com a nova ordem constitucional.⁶ Com a alvorada da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016, de 07/08/2009) o debate permanece atual, pois – repita-se – o regramento mantém-se em situação

idêntica à anterior, razão pela qual persistem firmes em seus posicionamentos os defensores da inconstitucionalidade do prazo normativo.⁷

Não é esse, todavia, o posicionamento firme da jurisprudência, caracterizado pela Súmula 632 do Supremo Tribunal Federal: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança.”

Ainda que seja inegável a arbitrariedade desse prazo, assinalada sobretudo pela sua completa ausência de razão e base científica,⁸ não há mesmo, com a devida vênia aos que pensam de modo diferente, inconstitucionalidade em texto legal que estabelece limitação temporal ao direito de impetrar o mandado de segurança.⁹ Consoante entendeu a Corte Suprema: i) a Constituição não veda a imposição de prazo ou de qualquer outro requisito para o uso do *mandamus*, de forma que o seu silêncio abre margem a atuação do legislador ordinário; e ii) o prazo de 120 (cento e vinte dias) não corresponde a uma sanção, pois o que se perde é o direito de utilizar o procedimento especial do mandado de segurança para os fins desejados, não o próprio direito subjetivo cuja

É necessário alimentar esforços para superar a origem de todo o mal e rever o entendimento firmado acerca da natureza – hoje tida por decadencial – do prazo previsto para a impetração do mandado de segurança.

tutela se pretende, que pode ser alcançado por intermédio de outros procedimentos judiciais.¹⁰

3. O problema da natureza jurídica do prazo e as suas implicações

Atrelado ao problema da constitucionalidade é que se discutiu acerca da *natureza jurídica* do aludido prazo, avançando a doutrina por variados entendimentos,¹¹ cujos resquícios permanecem vivos ainda hoje, certamente justificados pelo posicionamento incoerente adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente, a Corte Suprema firmou o entendimento, também realçado pela Súmula 632, no sentido de que a restrição temporal detém natureza decadencial,¹² variando as consequências (processuais e materiais) dessa opção ao sabor da jurisprudência, que se encontra dividida inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.¹³

Para alguns julgadores, sendo o prazo decadencial, e verificada a impetração tardia do mandado de segurança, a solução óbvia, coerente com a sistemática processual, é a extinção do processo *com resolução de mérito* (CPC, art. 269, IV, CPC). Os seguintes julgados, entre eles aquele

E ao que tudo indica não há, ao menos de maneira explícita, preocupação com as implicações práticas de julgamentos *sem* ou *com* resolução de mérito em sede de *mandamus*

indicado por Fredie Didier Jr., todos da lavra do Superior Tribunal de Justiça, exemplificam esse posicionamento: MS n. 14.556-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 29/02/2012; MS 12.845-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 27/10/2010; RMS 18.842-MG, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Ficher, julgado em 02/06/2005.

Há, de outro lado, aqueles que variam sua forma de pensar apenas naquilo que toca às consequências da aplicação do prazo decadencial, negando-lhe os efeitos ditados pela Lei Processual. Dito de outro modo: não obstante considerarem decadencial o prazo, entendem inaplicável o art. 269, IV, Código de Processo Civil, de modo que a extinção do processo se daria *sem resolução do mérito*.¹⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça também apresenta exemplos: MS n. 9.769-DF, Terceira Seção, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado 23/11/2009; MS 8.957-DF, Primeira Seção, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 14/11/2007.

Por fulminar o próprio direito material perseguido, o reconhecimento da decadência, mediante a consequente extinção do processo *com resolução de mérito*, implica a formação da *coisa julgada material*, inviabilizando eventual tentativa posterior para acudir o mesmo direito, ainda que mediante procedimento judicial diverso.¹⁵ É o prejuízo verificado em julgados do primeiro grupo, que engrossam a cada dia uma interpretação do art. 23 da Lei n. 12.016/99 avessa aos seus limites semânticos e à própria lógica do raciocínio que justifica a sua constitucionalidade.¹⁶

E ao que tudo indica não há, ao menos de maneira explícita, preocupação com as implicações práticas de julgamentos *sem* ou *com* resolução de mérito em sede de *mandamus*. Nos julgados colacionados um debate assim situado sequer chegou a se desenvolver e, até onde se observou, tudo ali se deu de forma mecânica e intuitiva. Ocorre, todavia, que não se está frente a um problema menor, sem relevância prática e cujo interesse esteja restrito ao ambiente acadêmico. Muito pelo contrário.

É necessário alimentar esforços para superar a origem de todo o mal e rever o entendimento firmado acerca da natureza – hoje tida por decadencial, repita-se – do prazo previsto para a impetração do mandado de segurança. Feito isso de maneira correta, estaria afastado por tabela o risco de danos causados por julgamentos fundados no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, porque se reconheceria que o art. 23 da Lei n. 12.016/99 prevê um prazo essencialmente processual, por conseguinte em nada relacionado ao direito subjetivo objeto do litígio.

Entretanto, ainda que a preferência seja por uma posição mais cômoda e não se combata a origem, ao menos é preciso atenção para que o Superior Tribunal de Justiça supere a divergência ora apontada e se apegue ao entendimento ilustrado pelos julgados do segundo grupo. Não se nega tratar-se de um posicionamento, dogmática e tecnicamente, questionável, decorrente de uma exegese destoante das consequências previstas na Lei Processual para hipóteses de reconhecimento da decadência.¹⁷ Tampouco se nega o seu equívoco oriundo simplesmente do apego à ideia de que o prazo previsto legalmente é decadencial. Sem embargo, a sua adoção afasta em definitivo a impossibilidade de rediscussão da matéria por outras vias procedimentais, uma vez que a decisão que reconhece a superação do lapso temporal em tal hipótese não seria de mérito, não faria coisa julgada material, permanecendo

incólume o direito cuja tutela se almeja. Em suma: *a aplicação do art. 23 da Lei n. 12.016/99 corresponderia a uma espécie sui generis de decadência capaz de atingir apenas o direito de escolha do procedimento do mandado de segurança, não o direito material subjetivo que se pretende tutelar por meio dele.*¹⁸

4. Conclusões

1. A Lei n. 12.016/09 não trouxe novidades quanto ao prazo para a impetração do mandado de segurança, que permanece sendo de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Basicamente reproduziu, em seu art. 23, a redação já incorporada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei n. 191/36, passando pelo Código de Processo Civil de 1939 e pela Lei n. 1.533/51, atualmente revogadas.¹⁹

2. É inegável a arbitrariedade do prazo previsto legalmente para a impetração do mandado de segurança, assinalada sobretudo pela sua completa ausência de razão e base científica. A despeito disso, não há inconstitucionalidade em texto legal que estabelece limitação temporal ao direito de impetrar o mandado de segurança. Consoante entendeu a Corte Suprema: i) a Constituição não veda a imposição de prazo ou de qualquer outro requisito para o uso do *mandamus*, de forma que o seu silêncio abre margem a atuação do legislador ordinário; e ii) o prazo de 120 (cento e vinte dias) não corresponde a uma sanção, pois o que se perde é o direito de utilizar o procedimento especial do mandado de segurança para os fins desejados, não o próprio direito subjetivo cuja tutela se pretende, que pode ser alcançado por intermédio de outros procedimentos judiciais.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, realçado pela Súmula 632, no sentido de que o prazo de 120 (cento e vinte) dias detém natureza decadencial. As consequências (processuais e materiais) dessa opção, todavia, variam ao sabor da jurisprudência, que se encontra dividida inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

4. A despeito de afiliar-se à corrente que atribui natureza *decadencial* ao prazo aludido, nem sempre, ao reconhecer a caracterização da decadência, o Superior Tribunal de Justiça julga pela extinção dos processos *com resolução* de mérito, pois também opta, vez ou outra, pela extinção *sem resolução* de mérito. A primeira corrente, embora ajustada à sistemática processual, produz decisões estranhas à Lei n. 12.016/2009, além de optar por resposta exegética que descamba para a inconstitucionalidade e cria

prejuízo grave para o impetrante. A segunda, por sua vez, 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.

O art. 23 da Lei 12.016/99 prevê um prazo cuja essência é processual, em nada relacionado ao direito subjetivo objeto do litígio.

5. Melhor seria que o Superior Tribunal de Justiça rediscutisse a natureza do prazo, hoje previsto no art. 23 da Lei 12.016/99, a fim de tolher o mal pela raiz. Feito isso corretamente, percebido que a ideia de decadência é equivocada, estaria afastado por consequência o risco de danos causados por julgamentos fundados no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Afinal, se reconheceria que o art. 23 da Lei 12.016/99 prevê um prazo cuja essência é processual, em nada relacionado ao direito subjetivo objeto do litígio.²⁰

6. Ainda que a preferência seja por uma posição mais cômoda, não voltada a superação da origem do problema, é preciso ao menos que o Superior Tribunal de Justiça dedique esforços e supere, de uma vez por todas, a divergência ora apontada e se apegue ao entendimento ilustrado pelos julgados do segundo grupo. Não obstante tratar-se de um posicionamento, dogmática e tecnicamente, questionável, sua adoção afasta em definitivo a impossibilidade de rediscussão da matéria por outras vias procedimentais. *A aplicação do art. 23 da Lei 12.016/99 atingiria o direito de escolha do procedimento do mandado de segurança, não o direito material subjetivo que se pretende tutelar por meio dele.*

Bibliografia:

- BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, 149. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 12-27.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. 3a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança. Comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, v.1.

- DONOSO, Denis. Acepções sobre a petição inicial no mandado de segurança: requisitos, admissibilidade e recorribilidade na fase inicial do procedimento. In, ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros; MOUTA ARAÚJO, José Henrique. *O novo mandado de segurança. Estudos sobre a Lei n. 12.016/2009*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 85-97.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança (individual e coletivo): Aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- GARCIA MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GOMES, Fábio. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 313.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luís Otávio; FAVRETO, Rogério; JÚNIOR, Sidney Palharini. Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. Comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 258-259.
- JUNIOR, Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. Mandado de Segurança. Comentários à Lei 12.016/09. São Paulo: Editora Método, 2009.
- ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de Segurança. Comentários à Lei 12.016/09*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

¹ A menção é referente ao Editorial 142, publicado no site: <www.frediedidier.com.br>.

² Superior Tribunal de Justiça, MS n. 14.556-DF, Terceira Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 29/02/2012. Esta a ementa do acórdão: “Mandado de segurança. Ato lesivo. Ciência. Decadência. Precedentes. 1. Está consolidado nesta Corte o entendimento de que o prazo decadencial do mandado de segurança se inicia com a ciência do ato capaz de causar lesão ao direito do impetrante. 2. Mandado de segurança extinto, com apreciação do mérito.” Ao fim do seu voto, definiu o Ministro Relator: “Ante o exposto, declaro extinto o mandado de segurança impetrado por Débora Rocha da Silva, com exame de mérito, a teor do disposto no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.”

³ Dispõe o art. 23 da Lei n. 12.016/99: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.” Segundo se lê do referido dispositivo, é o direito de requerer o mandado de segurança que se extingue após os 120 (cento e vinte) dias, não o direito subjetivo objeto do litígio. Logo, parece evidente que um julgamento com base no art. 23 jamais poderia seguir os ditames do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, não restrito ao mero reconhecimento da impossibilidade de uso do procedimento do mandado de segurança, uma vez que atinge o próprio direito material que se pretendia discutir. Reconhecida que a impetração do mandado de segurança deu-se em prazo superior aos 120 (cento e vinte) dias, o processo deve ser extinto, mas sem resolução de mérito, abrindo caminho para que o requerente busque a tutela de seu direito mediante procedimento judicial diverso, em atenção ao que estabelece o art. 19 da Lei n. 12.016/09.

⁴ Afinal, se a decadência fulmina o próprio direito subjetivo não há como nem mesmo pensar em pretensão.

⁵ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de Segurança. Comentários à Lei n. 12.016/09*. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 179.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. 3a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 182. Na mesma toada, o entendimento dos ilustres processualistas Bruno Garcia Redondo, Guilherme Peres de Oliveira e Ronaldo Cramer: “Como se sabe, o mandado de segurança constitui garantia constitucional e, assim como o habeas corpus, é a última trincheira da defesa da

cidadania contra a prepotência do Estado ou de quem produza atos ou fatos jurídicos em nome do Estado. A partir dessa premissa, as restrições ao uso do mandado de segurança devem ser interpretados em harmonia com o texto constitucional, já que o inciso LXIX do art. 5º. da Constituição garante o direito ao writ sem nenhum condicionante. Exatamente por isso, e como anunciado anteriormente, o prazo de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, previsto no art. 18 da revogada Lei n. 1.533/1951 e mantido pela nova Lei, não se encontra, a nosso ver, em conformidade com o modelo constitucional. Não se pode admitir a proibição absoluta do uso dessa ação, quando houver direito líquido e certo a ser protegido, simplesmente em razão de o prazo de 120 dias ter expirado. Como o mandado de segurança é direito fundamental, previsto no rol do art. 5º. da Constituição, o legislador ordinário somente pode estabelecer normas que regulam a prática dessa ação, sem jamais limitar o que a Constituição não limita. Ademais, o procedimento diferenciado e célere da via mandamental revela-se muitas vezes como o mais adequado ao processo justo e efetivo, garantido pelo inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição.” (REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de Segurança. Comentários à Lei n. 12.016/09*. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 158-160). Também sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo: FERRAZ, Sergio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): Aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995. p. 227. JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 104.

⁷ Cassio Scarpinella Bueno, ao comentar a nova Lei do Mandado de Segurança, reafirma seu posicionamento e faz menção à crítica – que reputa já clássica entre nós – sobre a inconstitucionalidade de um tal prazo que, no particular, vem sendo repetido desde o art. 30. da Lei n. 191/1936, passando também pelo art. 331 do Código de Processo Civil de 1939. (BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança. Comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 141).

⁸ Assim se manifestou o Ministro Carlos Velloso: “Nas minhas cogitações a respeito do tema, tenho pensado e refletido a respeito do prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/51, e tenho verificado que ele não se assenta numa razão científica; ele simplesmente veio, através dos anos, desde a Lei n. 221, de 1894, art. 13, pelo gosto de copiar as coisas, sem se indagar da razão de sua existência.” (STF, MS AgR 21.356-6, Sessão Plenária, Relator Ministro Paulo Brossard, julgado em 12/09/1991, disponível em: <www.stf.jus.br>).

⁹ O prazo, em regra, é aplicável apenas aos atos comissivos, não aos atos omissivos. Afinal, “a omissão não é instantânea, não se verifica em um momento específico. Ela ocorre ao longo do tempo, de forma continuada. Tal raciocínio não se aplicará se houver previsão de algum prazo para que a autoridade se manifeste. Nesse caso, o prazo para a impetração terá início a partir do instante em que se encerrar o lapso temporal estabelecido, porque é neste preciso momento que ficará caracterizada a omissão ilegal e abusiva do

agente público.” ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de Segurança. Comentários à Lei n. 12.016/09*. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 184).

¹⁰ Confira-se, nesse rumo, o seguinte julgado: “Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão denegatória proferida por tribunal superior da União em única instância. Consumação do prazo decadencial para impetrar o ‘writ’ (Lei n. 1.533/51, art. 18). Constitucionalidade dessa norma legal. Incompetência da autoridade judiciária para ordenar, em sede mandamental, a substituição do órgão apontado como coator. Recurso improvido. - A estipulação, em sede legal, de prazo para a oportuna impetração do mandado de segurança não tem o condão de ofender a natureza constitucional desse ‘remedium juris’, cuja relevante função processual consiste em viabilizar, desde que tempestivamente utilizado nos termos em que o disciplina a lei, a pronta, eficaz e imediata reparação a direitos líquidos e certos eventualmente lesados por comportamento arbitrário da Administração Pública. - O prazo decadencial de 120 dias – a que se refere o art. 18 da Lei n. 1.533/51 – opera, em face de sua eficácia preclusiva, a extinção do direito de impetrar o ‘writ’ constitucional. Não gera, contudo, a extinção do próprio direito subjetivo eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional. Esse direito subjetivo resta incólume e não se vê afetado pela consumação do referido prazo decadencial, cujo único efeito jurídico consiste, apenas, em inviabilizar a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança. - A norma inscrita no art. 18 da Lei n. 1.533/51 não ostenta qualquer eiva de inconstitucionalidade. A circunstância de ser omissa a Constituição da República quanto à fixação de prazos para o ajuizamento da ação de mandado de segurança não protraí, indefinidamente no tempo, a possibilidade de o interessado valer-se, em qualquer momento, do ‘writ’ mandamental que, essencialmente idêntico a outros meios processuais, constitui instrumento de efetivação e de concretização do direito material invocado pelo impetrante. - O prazo decadencial referido na norma legal em questão não tem o caráter de penalidade, pois não afeta o direito material eventualmente titularizado pelo impetrante e nem impede que este postule o reconhecimento de seu direito público subjetivo mediante adequada utilização de outros meios processuais. - A consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de segurança não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torna-lo imune ao controle jurisdicional. - A autoridade judiciária não dispõe de poder para, em agindo de ofício, substituir, em sede mandamental, o órgão apontado como coator pelo impetrante do ‘writ’. Falece-lhe competência para ordenar a mutação subjetiva no polo passivo da relação processual. - Se o juiz entender ausente, no caso submetido à sua apreciação, a pertinência subjetiva da lide quanto à autoridade indicada como coatora, deverá julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, por inocorrência de uma das condições da ação (CPC, art. 267, VI), que

constitui matéria de direito passível de cognição de ofício pelo magistrado (CPC, art. 301, §4º). Precedentes.” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.362-1-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Melo, julgado em 14/04/1992, disponível em: <www.stf.jus.br>).

¹¹ Basicamente, são quatro as correntes doutrinárias desenvolvidas no intento de desvendar a natureza do prazo previsto em Lei para a impetração do mandado de segurança. Vale dizer, há os que entendem ser o prazo: i) decadencial; ii) prescricional; iii) preclusivo; e iv) extintivo do direito ao exercício da pretensão por intermédio do procedimento especial do mandado de segurança. Crê-se acertada a última posição, a despeito de prevalecer a primeira, com consequências ambivalentes na jurisprudência. Para uma análise aprofundada dessas diferentes correntes de pensamento: BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, 149. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 12-27.

¹² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem a distinção entre prescrição e decadência: “Sob um determinado prisma, é possível afirmar que a prescrição diz respeito aos direitos subjetivos patrimoniais (aqueles que trazem consigo a possibilidade de que o titular exija de alguém um determinado comportamento). Por isso, a prescrição fulmina a pretensão de exigir o comportamento economicamente apreciável. Submete-se à prescrição, por exemplo, o crédito. A outro giro, a decadência concerne aos direitos potestativos, que, por essência, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação. A decadência, assim, refere-se àqueles direitos cujo exercício depende, tão somente, do próprio titular, como, e.g., reclamar vícios redibitórios ou anular um contrato por vício de vontade. Fulmina o próprio direito. Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às ações condenatórias (nas quais se materializa a pretensão), enquanto a decadência atrela-se às ações constitutivas (em que o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas).” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 672-673).

¹³ A incoerência da Súmula 632 reside justamente no reconhecimento de que o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança é decadencial. Ora, como esclarecem José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, a decadência é instituto de *direito material*, cujo reconhecimento é motivo para resolução do processo *com análise de mérito*, justamente em virtude da extinção do direito material que acarreta (GARCIA MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 226). Nas palavras dos ilustres processualistas, a “decadência como instituto do direito material deveria atingir o direito subjetivo não exercido, em momento oportuno, mas nunca o meio procedimental para a sua invocação em juízo.” (GARCIA MEDINA, José Miguel;

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 196).

¹⁴ Insista-se neste ponto: o prazo previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/09 é processual, relacionado especificamente com a possibilidade de *manejo* de um procedimento especial; e, só por isso, não é aceitável rotulá-lo de decadencial. Em outras palavras: o prazo constante do art. 23 refere-se ao exercício da pretensão através do mandado de segurança (GARCIA MEDINA, José Miguel; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo. Comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 227), cuja superação não significa mais que a impossibilidade da utilização desse procedimento na busca da tutela do alegado direito material lesado ou ameaçado (BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, 149. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 12-27). A posição aqui defendida é aquela sustentada originariamente por Alfredo Buzaid: “(...) 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 120 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.” (BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, v.1, p. 159-160).

¹⁵ Denis Donoso advoga tal posição, que é combatida com veemência neste ensaio: “(...) pode-se cogitar do indeferimento *prima facie* da petição inicial. Nesse particular, a propósito, a lei foi expressa, lendo-se no art. 10 da LMS que ‘A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido prazo legal para a impetração.’ Como se vê, a lei contempla duas hipóteses de indeferimento da inicial. A primeira delas se verifica quando ‘não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais’. Trata-se de verdadeira situação de falta de interesse processual. Exemplo desta situação ocorreria quando o autor afirma ter direito líquido e certo, mas seu pleito demanda dilação probatória. (...) A segunda hipótese diz respeito ao decurso do prazo legal para impetração do *mandamus*. Este prazo é de 120 dias, como previsto no art. 23 da LMS. Sua natureza é decadencial, não se cogitando a inconstitucionalidade da norma. Esta é a posição do STF, externada na Súmula n. 632 que, embora editada sob a égide da antiga lei, tem tudo para ser mantida. Nesse ponto em específico, faço uma crítica à terminologia utilizada pela lei. É que o indeferimento da petição inicial implica na extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, I). Por outro lado, ao pronunciar a decadência, o juiz profere decisão

que resolve o mérito (art. 269, IV). Destarte, malgrado a LMS se refira a esta hipótese como de indeferimento da petição inicial, data máxima vênua estou convencido de que o caso é de julgamento de mérito, formando coisa julgada material". (DONOSO, Denis. Acepções sobre a petição inicial no mandado de segurança: requisitos, admissibilidade e recorribilidade na fase inicial do procedimento. In, ALVIM, Eduardo Arruda; RAMOS, Glauco Gumerato; MELO, Gustavo de Medeiros; MOUTA ARAÚJO, José Henrique. *O novo mandado de segurança. Estudos sobre a Lei n. 12.016/2009*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. P. 85-97). Denis Donoso não buscou esclarecer a natureza do prazo constante do art. 23 da Lei n. 12.016/99, pois pressupõe que a Súmula 632 desmerece ajuste ao rotulá-lo de decadencial. E apegado a tal premissa, desenvolve uma conclusão coerente aos ditames do Código de Processo Civil, vale dizer: confessa estar convencido de que a aplicação do aludido art. 23 conduz a julgamentos de mérito, com a consequente formação da coisa julgada material (CPC, art. 269, IV). Entretanto, críticas à sua crítica merecem formulação. Ponto um (menos importante): nem sempre o indeferimento da petição inicial têm por consequência a extinção do feito *sem resolução do mérito*. A doutrina já apontou, em muitas oportunidades, a impropriedade do art. 267, I, do Código de Processo Civil. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil. Comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 258-259. GOMES, Fábio. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 313. JUNIOR, Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 434). Noutras palavras: o indeferimento da petição inicial, de regra, acarreta mesmo a extinção do processo sem resolução de mérito, salvo quando o juiz verificar a ocorrência da prescrição ou decadência, hipóteses nas quais o julgamento se dará *com resolução de mérito*. Ponto dois (mais importante): não há equívoco na terminologia utilizada no art. 10 da Lei n. 12.016/99. Aliás, o legislador ordinário foi bastante feliz neste particular. Uma interpretação sistemática - que considere os arts. 10, 19 e 23 da Lei n. 12.016/99, bem como os arts. 267, I, e 295, ambos do Código de Processo Civil - conduz a duas conclusões: i) o julgamento fundado na aplicação do art. 23 da Lei n. 12.016/99 não é de mérito; ii) doutrina e jurisprudência foram provocadas pelo legislador sobre a necessidade de revisão da Súmula 632 do Supremo Tribunal Federal. Para fechar a nota e complementar as conclusões anteriores: i) o prazo de 120 (cento e vinte) dias não é decadencial, mas meramente extintivo do direito de impetrar mandado de segurança; ii) por consequência, eventual julgamento com base no art. 23 da Lei n. 12.016/99 não pode ensejar resolução de mérito, cumprindo ao juiz, percebendo a superação do prazo, indeferir a petição inicial *por carência de ação* (CPC, art. 295, III).

¹⁶ Recorde-se um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para avaliar a constitucionalidade do prazo de 120 (cento e vinte) dias: "O prazo decadencial referido na norma legal em

questão não tem o caráter de penalidade, pois não afeta o direito material eventualmente titularizado pelo impetrante e nem impede que este postule o reconhecimento de seu direito público subjetivo mediante adequada utilização de outros meios processuais." (Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.362-1-DF, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Melo, julgado em 14/04/1992, disponível em: <www.stf.jus.br>).

¹⁷ Nas precisas palavras de Guilherme Freire Barros Teixeira: "O problema anteriormente levantado persiste, embora com variações: amolda-se certo fenômeno processual (a perda do prazo de ajuizamento do mandado de segurança) a uma determinada categoria jurídica (decadência), negando uma de suas consequências processuais (a resolução do mérito) e desprezando ou ignorando os efeitos materiais que dela seriam decorrentes (a extinção do próprio direito material e a consequente impossibilidade de rediscussão da matéria). Por tais razões, deve ser rechaçada essa orientação." (BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança. *Revista de Processo*, 149. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 12-27).

¹⁸ Assim se pronunciam festejados processualistas: "A respeito da natureza do prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança, a Súmula 632 do Supremo Tribunal Federal veio tranquilizar a apaixonada discussão doutrinária firmando entendimento de tratar-se de prazo decadencial. A decadência, que é a perda de um direito pelo seu não exercício em um determinado prazo fixado, no caso, diz respeito ao direito de a parte valer-se da ação mandamental, ou seja, se transcorrido o prazo de 120 dias perderá a parte o direito de impetrar mandado de segurança, ficando, todavia, resguardado o direito material da parte que poderá utilizar as vias ordinárias para perseguir o seu direito. Pode-se afirmar, no entanto, que o reconhecimento dessa decadência é peculiar, uma vez que não revela resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, pois, o que se subtrai da parte é o acesso à via mandamental, apenas. O direito material restará intacto se não tiver transcorrido o prazo da lei civil para sua discussão em juízo." (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luís Otávio; FAVRETO, Rogerio; JÚNIOR, Sidney Palharini. Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 215). No mesmo rumo, posiciona-se Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes: "Não faz coisa julgada, quanto ao mérito do pedido, a decisão que apenas denega a segurança por incerto ou ilíquido o direito pleiteado, a que julga o impetrante carecedor do mandado e a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração ou pelo decurso do prazo para impetração (art. 10 da Lei n. 12.016/99)." (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 119-120).

¹⁹ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de Segurança. Comentários à Lei n. 12.016/09*. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 179.

²⁰ É interessante notar que eventual revisão da natureza do prazo previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/99 surtirá efeitos práticos interessantes. Perceba-se: a decadência não suspende e tampouco interrompe o prazo depois que iniciado. Portanto, a revisão da natureza do prazo de 120 dias terá o condão de superar orientação jurisprudencial, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, por exemplo, a superveniência de férias forenses não suspende ou interrompe o prazo decadencial para a impetração do *mandamus* (STJ, RMS n. 10.138-CE, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, disponível em: <www.stj.jus.br>. STJ, RMS n. 16.896-MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, disponível em: <www.stj.jus.br>). Parece óbvio que uma orientação diversa, admitindo a suspensão e/ou a interrupção do prazo, apresenta-se muito mais adequada a um procedimento positivado constitucionalmente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA: DELFINO, Lúcio. O STJ e a divergência sobre as implicações do reconhecimento do prazo "decadência" em sede de mandado de segurança. *In*: Isabel Gallotti; Bruno Dantas; Alexandre Freire; Fernando da Fonseca Gajardoni; José Miguel Garcia Medina. (Org.). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1. p. 485-494.

ADD Pro