ASPECTOS ENVOLVENDO O DIREITO LÍQUIDO E CERTO, A DECADÊNCIA E A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, mestre e doutorando em direito pela UFPA. Procurador do Estado do Pará. Professor de Direito Processual Civil da Universidade da Amazônia – UNAMA e Centro Universitário do Pará – CESUPA. Advogado militante.

I – DELIMITAÇÃO DO TEMA

Tema de grande importância envolvendo o mandado de segurança refere-se aos conceitos de direito líquido e certo, decadência e coisa julgada, além do reflexo em relação às demandas ordinárias.

Destarte, a grande utilização do mandado de segurança na prática forense deixa margem para diversas discussões quanto a correta interpretação das Súmulas do STF, além dos dispositivos legais que tratam da matéria.

Assim, neste trabalho, procurar-se-á enfrentar o conceito de direito líquido e certo para fins de mandado de segurança, sua colocação como condição da ação, pressuposto processual ou mérito do *mandamus*, a questão envolvendo a coisa julgada quer pela denegação da segurança em face da inexistência de ato ilegal e arbitrário, quer pela decadência, além da conseqüência em relação aos limites da coisa julgada em relação às vias ordinárias.

Outrossim, não se trata de obra de fôlego sobre o assunto, mas de colocação de algumas preocupações e questões controvertidas, inclusive surgidas no decorrer de mais de oito anos de magistério superior na área de direito processual.

A satisfação pessoal já estará presente se o texto conseguir provocar indagações, dúvidas ou mesmo críticas, todas muito bem vindas.

II- PEQUENA LEMBRANÇA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Antes de se adentrar no tema central do presente trabalho, é importante abordar aspectos ligados à evolução histórica do presente instrumento constitucional.

Inicialmente, cumpre aduzir que a Constituição Federal de 1946 foi a primeira a consagrar o mandado de segurança nos moldes estabelecidos na legislação atual[1]. Não se deve esquecer, por outro lado, que a Lei 1.533 é de 1951, portanto, há mais de meio século tem-se o embasamento legal de mandado de segurança.

---

[1] Assim previa o texto constitucional de 1946, em seu 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 bem da verdade, a Constituição Federal de 1934 já trazia a garantia do mandado de segurança, contudo utilizava a expressão *direito certo e incontestável* e não *direito líquido e certo* como a atual carta constitucional e mesmo a Lei 1533/51. Era essa a redação da CF/1934, em seu artigo 113, inciso 33:

> "Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *hábeas corpus,* devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes".

A Lei 191, de 16 de janeiro de 1934 veio regulamentar o mandado de segurança[2]. Contudo, ainda utilizava a expressão direito certo e incontestável, a qual apenas foi substituída com a Constituição de 1946 e a conseqüente Lei 1.533/51.

O que prevalecia na doutrina da época era crítica à expressão *direito certo e incontestável*, já que totalmente contrária aos ditames do instituto.

Ademais, resta superada a discussão quanto ao cabimento do MS apenas em casos de menor complexidade, caso contrário, estar-se-ia assegurando a utilização desta demanda apenas para as causas menos polêmicas e complexas[3]. Como bem atesta Sérgio Ferraz, a maior ou menor complexidade do tema litigioso não é e jamais foi uma condição da ação de segurança[4].

Também Arnoldo Wald se expressou sobre o tema, afirmando que:

> "Numa primeira fase da evolução do mandado caracterizou-se o direito certo e incontestável pela translucidez e pela evidência da pretensão jurídica. Posteriormente, admitiu-se o mandado como meio de resolver questões mais complexas desde que o fato alegado como base do direito subjetivo fosse certo e provado inequivocamente pelos documentos juntos à inicial"[5].

Tem-se hoje, portanto, a utilização desta ação civil[6] nos casos envolvendo direito líquido e certo, o qual pode ser conceituado com base nas lições de Hely Lopes Meirelles:

---

[2] Comentando a lei em questão, J. M. Othon Sidou atesta que, esse diploma "trazia vantagens indiscutíveis, além da auto-executoriedade do texto: garantia o caráter sumaríssimo peculiar ao *habeas corpus* e tinha por implícita a neutralização do ato gravoso em caráter liminar, posto como a interpelação da pessoa de direito público interessada não significava a anulação desse pressuposto do *hábeas corpus*" (in *Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular — As garantias ativas dos Direitos Coletivos, segundo a Nova Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense , 1989, p. 181).

[3] . Nos dias atuais, como ensina Cassio Scarpinella Bueno que: "Direito líquido e certo há quando a ilegalidade ou a abusividade forem passíveis de demonstração documental, independentemente de sua complexidade ou densidade" (*In Mandado de Segurança*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 13). Já Eduardo Arruda Alvim observa que "hoje entende-se, de uma forma bastante tranqüila, que o direito é líquido e certo desde que não haja dúvida a respeito do quadro fático em que se insere a postulação veiculada do mandado de segurança" (*Perfil atual do mandado de segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros2003, p. 120).

[4] In *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos.* 3ª edição . São Paulo : Malheiros, 1996, p. 19.

[5] *O mandado de segurança na prática judiciária*. Rio de Janeiro : Nacional de Direito, 1958, p. 120.

[6] O mandado de segurança tem natureza de ação civil, seja impetrado no processo penal, civil, trabalhista, etc. Montovanni Colares Cavalcante expressa que: "O mandado de segurança será sempre ação civil, mesmo quando utilizado como sucedâneo de recurso no âmbito de um processo penal, pois o que importa no mandado de segurança é *compelir o administrador a uma obrigação de fazer ou de não fazer, e isso é que qualifica a ação como civil, é uma forma de compelir a prática de um ato, porque no mandado de segurança jamais se discutirá a questão da pretensão punitiva, que é o elemento identificador da ação penal"* (*Mandado de Segurança*. São Paulo : Dialética, 2002, p. 32).

> "É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"[7]

Percebe-se, portanto, que o direito líquido e certo é aquele que resulta de fato certo, comprovável de plano, e que independe de maior instrução probatória[8].

Aliás, a verificação do direito líquido e certo deve ser extraída dos fatos suscitados no mandado de segurança. Aliás, não seria mais adequado utilizar-se a expressão "fatos líquidos e certos" ao invés de "direito líquido e certo"?

Penso que sim.

Lúcia Valle Figueiredo também informa que a determinação do conceito de direito líquido e certo depende de cada caso concreto, devendo "ser extraído do problema factual"[9]. Logo, é cabível mandado de segurança nos casos envolvendo fatos incontroversos, já que não se admite instrução probatória exaustiva no mandado de segurança[10].

E mais. Se no caso concreto os fatos forem duvidosos ou necessitarem de maior instrução, deve ser indeferida a inicial e extinto o processo sem julgamento do mérito[11].

---

[7] *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 36 e 37.

[8] Também Antônio César Bochenek defende que, "por direito líquido e certo é preciso compreender aquele direito que tenha facilmente as vestes trajadas da lei, não requisitando qualquer espécie de prova a ser constituída, apenas de antemão já mostra a sua legalidade. Ou seja, o direito líquido e certo é aquele direito que se prova de plano, sem exigência de dilação probatória. Não se confunda, aqui, como muitos aplicadores do ordenamento jurídico, que tal direito tem sua liquidez e certeza como base no direito que venha a ser comprovado ao longo do processo; muito pelo contrário, é líquido e certo pelo simples fato de dispensar, para a averiguação de sua existência, provas nos autos, apenas comporta a formação probatória inicial, documentos juntados, com o intuito de conferir veracidade no pedido do impetrante". (*A autoridade coatora e o ato coator no Mandado de Segurança Individual*. In *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança — 51 anos depois*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 51). Já José da Silva Pacheco demonstra que : "a proteção de direito líquido e certo constitui-se, pois, em: a) finalidade do mandado de segurança e b) razão de ser o mesmo pleiteado e concedido. Daí desdobrar-se nos aspectos: a) de fundamento ou requisito básico para o exercício da ação do mandado de segurança e b) de fundamento da sentença mandamental de segurança". *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* 4ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

[9] *Mandado de Segurança.* 2ª edição. São Paulo Malheiros, 1997, p. 17.

[10] Sobre o assunto, deve-se ressaltar que no mandado de segurança há procedimento de apuração das provas, inclusive através das informações da autoridade coatora. Aliás, Fredie Didier Júnior aduz que o procedimento de coleta de provas no mandado de segurança tem até três etapas: a) documentos trazidos com a inicial; b) informações e eventuais documentos trazidos pela autoridade coatora; c) documentos trazidos pela pessoa jurídica responsável pela promoção da defesa do ato impugnado. *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no Mandado de Segurança. In Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança — 51 anos depois*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 373). Também Hely Lopes Meirelles ensina que as informações encerram a fase instrutória do mandado de segurança. Op. Cit. p. 94.

[11] Montovanni Colares Cavalcante também se preocupa com o assunto, aduzindo que: "É que o primeiro requisito para a configuração do direito líquido e certo é aquele relacionado com os fatos incontroversos, de modo que se os fatos se submetem a dúvidas, causando incerteza para o julgador, como não haverá outra oportunidade processual para que o impetrante forneça elementos de convicção ao magistrado, o feito deve ser extinto no seu nascedouro". Op. Cit. p. 133.

No âmbito jurisprudencial, já decidiu o STJ que:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
> Por sua natureza, nas ações de mandado de segurança, com a inicial deve o impetrante fazer prova indiscutível, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções.
> Recurso conhecido mas improvido" (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 929 – SE —Reg. 91.0005573-5 — 2ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho. Julgado em 20.05.1991. DJU de 24.06.1991).

> "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. AÇÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONALIZADA PARA PROTEÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXIGÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. CARÁTER EMINENTEMENTE PROTELATÓRIO. MULTA. ART. 538, § ÚNICO, DO CPC.
> I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do embargante com o deslinde da controvérsia.
> II - Inviável, em sede de embargos declaratórios, a concessão do excepcional efeito infringente, quando a oposição dos mesmos cinge-se a repisar todos os fundamentos anteriormente já tecidos.
> III - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, **exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental**. Precedentes.
> IV - Consoante jurisprudência desta Corte, a valoração da prova testemunhal, para comprovação do tempo de serviço do trabalhador urbano, é válida somente se restar baseada em início de prova
> material, contemporânea aos fatos.
> V- Tendo em vista o caráter manifestamente protelatório dos embargos, cuja pretensão encontra-se em contraste com a jurisprudência uníssona deste Tribunal, impõe-se aplicar a multa prevista no art. 538, parágrafo único do Código de Processo Civil, arbitrada em 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.
> VI - Embargos de declaração rejeitados. (EARMS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO ROMS – 12781 — Processo:

200001432818/GO — QUINTA TURMA Data da decisão: 05/11/2002. - DJ DATA:02/12/2002 PÁGINA:325 – **sem grifo no original**)[12].

Enfim, nesse primeiro momento, tem-se o conceito de direito líquido e certo ligado à fatos cujas provas são pré-constituídas[13], sem necessidade de maior instrução probatória[14]. Logo, o ato supostamente abusivo praticado por autoridade ficará sujeito ao controle judicial através do mandado de segurança, desde que o impetrante comprove a existência de direito líquido e certo, nos termos do art. 1º, da Lei 1.533/51.

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

Superada a delimitação do objeto do presente trabalho, cumpre-nos enfrentar o tema central, envolvendo a colocação do direito líquido e certo no mandado de segurança. Será condição da ação, pressuposto processual ou o próprio mérito da demanda mandamental?

Vejamos três hipóteses envolvendo o MS: a) denegação da segurança por falta de provas do direito líquido e certo; b) inexistência de direito líquido e certo em decorrência da legalidade do ato impugnado e c) decadência do prazo para impetração do *mandamus*.

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

Na doutrina, existem posicionamentos defendendo que o direito líquido e certo é condição da ação[15]. Cassio Scarpinella Bueno leciona que:

---

[12] Já em outra decisão, assim se manifestou o STJ:
"MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE SE POSTULA VANTAGEM FINANCEIRA COM BASE EM FATOS E QUESTÕES JURÍDICAS DE MANIFESTA COMPLEXIDADE. Indeferimento.
I- Direito líquido e certo é aquele verificável de plano, ao exame das circunstâncias factuais demonstradas mediante documentos.
II-É impraticável a concessão de segurança em que se postula vantagem financeira e para cujo deferimento se exige a reapreciação de situação funcional complexa.
III- Mandado de Segurança de que não se conhece. Decisão por maioria de votos." (MS 1.273-0 – DF. 1ªS. m.v. j. 15.12.92. rel. p/ o Acórdão Min. Demócrito Reinaldo. JSTJ/ TRF-LEX 53/39 – citado por REMÉDIO, José Antônio. *O mandado de segurança na jurisprudência. Direito material e processual*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 607).

[13] Hely Lopes Meirelles aduz, sobre o assunto, que: "as provas tendentes a demonstrar a *liquidez e certeza* do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6º, parágrafo único) ou superveniente às informações. Admite-se, também, a qualquer tempo, o oferecimento de parecer jurídico pelas partes, o que não se confunde com documento. O que se exige é *prova pré-constituída* das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante". Op. Cit. p. 37 e 38.

[14] Interessante observação é colocada por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, comparando a ação ordinária e o mandado de segurança. Defende que: "a ação ordinária protege direitos individuais, independentemente de serem líquidos e certos; acolhe todas as espécies probatórias, por isso seu Tito não se destaca pela celetidade. O mandado de segurança individual também protege, como o próprio nome já evidencia, direitos individuais — mas só os líquidos e certos; não admite senão a prova pré-constituída; em compensação, seu rito é célere e comporta execução *in natura*" (*Mandado de segurança coletivo. — legitimação ativa*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 111).

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

> "Direito líquido e certo não deve ser entendido como 'mérito' do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma *condição da ação* do mandado de segurança, assimilável ao *interesse de agir* e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis"[16].

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

> "O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação ao procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a busca através da via do mandado de segurança"[17].

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

Com efeito, o direito líquido e certo existirá quando os fatos não dependerem de instrução probatória; logo, se o caso concreto ensejar tal fase processual, estar-se-á diante de condição da ação, razão pela qual deverá ser extinto o processo sem julgamento do mérito[18].

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

> "MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONDIÇÃO ESPECIAL. CARÊNCIA DO DIREITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CF., ART. 5º, LXIX, CPC, ARTIGO 267, VI.
> 1. O direito líquido e certo é condição especial da ação de mandado de segurança, estabelecida na Constituição federal art. 5º, LXIX. Desfigurada, carecendo o impetrante do direito de ação, contempla-se a extinção do processo.
> 2. Recurso sem provimento (STJ – RMS 12.636 – 1ª Turma. Data do Julgamento: 02/05/2002. Diário de Justiça de 01/07/2002. Rel. Min. Milton Luiz Pereira).
>
> "COISA JULGADA. SENTENÇA ANTERIOR QUE NÃO EXAMINOU O MÉRITO DA CAUSA. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.
> 1. Não é cabível o reconhecimento da coisa julgada, uma vez que a sentença anteriormente proferida indeferiu a petição inicial do

---

[16] Op. Cit. p. 13 e14. Em outra passagem, o Professor Paulista aduz que "havendo apreciação do mérito do mandado de segurança, reconhecendo-se ou não a existência do direito afirmado violado ou ameaçado pelo impetrante (a existência, ou não, da ilegalidade ou da abusividade do ato coator), essa decisão fará coisa julgada material". Op. Cit. p. 136.

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

[18] Por essa razão, o art. 16 da Lei 1.533/51 permite que o "pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito".

> mandado de segurança nos termos do artigo 8º da Lei 1.533/51, por entender que não era o caso de mandado de segurança em razão da necessidade de dilação probatória, não tendo, portanto, examinado o mérito da causa (CPC, arts. 267, V; 301, VI; 467 e 468).
> 2. Não há constituição de qualquer crédito tributário sujeito à decadência, porquanto se trata de imposição de pena autônoma de perdimento de bem nos termos dos artigos 239 e 240 do Regulamento Aduaneiro (aprovado pelo Decreto 91.030/85), 105, inciso XIII, do Decreto-Lei 37/66 e 23, inciso IV, do Decreto-Lei 1.455/76, ou seja, de bem internado por diplomata e sujeito à pena de perdimento na hipótese de transferência não autorizada a terceiro.
> 3. Apelação provida para afastar o reconhecimento da coisa julgada, mas no mérito, indeferida a segurança (TRF 1ª Região —APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA — Processo: 199901001168385/DF 2ª Turma Suplementar. Data da decisão: 15/10/2002. Rel. Juiz LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.). DJ DATA: 21/11/2002 PAGINA: 79).

Por outro lado, não se deve olvidar que, em alguns casos, a decisão é no sentido de que inexiste violação a qualquer direito do impetrante, considerando a legalidade da conduta impugnada judicialmente. Assim, nos casos de inexistência de ato violador à direito líquido e certo, já não se estará diante de condição da ação, mas do próprio mérito do mandado de segurança[19].

Assim, nesses casos de inexistência de violação à direito líquido e certo, estar-se-á diante de decisão de mérito típica[20], prevista no art. 269, I, do CPC, sendo inclusive acobertada pela coisa julgada material.

Logo, não se está no universo das condições da ação, mas sim discutindo o próprio *fundo do direito* impugnado via mandado de segurança.

Em sede jurisprudencial, pode-se destacar o seguinte:

> "O exame da legalidade dos atos administrativos ou jurisdicionais em mandado de segurança é, induvidosamente, de mérito, pois não há direito líquido e certo se não houver decretação judicial da invalidade do ato impugnado. Assim, considerado inexistente direito líquido e certo em favor do impetrante, impõe-se a denegação da segurança, e não a carência por falta de condição da ação, que só ocorre quando se tratar de impetração contra órgão ou pessoa manifestamente

---

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

[20] Aliás, sobre sentenças típicas e atípicas, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que : "As sentenças podem ser de mérito ou processuais. Serão sentenças de mérito *típicas* aquelas em que o juiz é o 'autor' de seu conteúdo; serão sentenças de mérito *atípicas* aquelas em que o juiz nada mais faz do que endossar a manifestação da(s) parte(s), ou constatar ter havido prescrição ou decadência. Serão sentenças processuais *típicas* aquelas cujos conteúdos consistirem na constatação da falta de pressupostos processuais ou condições da ação, ou da existência de pressupostos processuais negativos; teremos sentenças processuais *atípicas*, por exclusão, nos demais casos do art. 267". Op. Cit. p. 383.

> ilegítima" (1º TACivSP . MS 369.370-4. TP, m.v., j. 7-5-87, Rel. Juiz Luciano Leite. RT 621/127[21])
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – Denegação com apreciação de mérito – Interposição em 2º Grau de novo 'writ' em substituição à apelação – Inadmissibilidade.
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando entendimento à Súmula nº 304[22], vem afirmando que a decisão que denega a segurança, se aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não tem direito, faz coisa julgada material, impedindo à reapreciação da controvérsia em ação ordinária.
> Pelo simples fato de haver denegado mandado de segurança, que regularmente chegou às suas mãos e do qual se informa haver sido interposta apelação, não se torna o magistrado sentenciante autoridade coatora, para fim de ser passivamente acionado através de 'writ' outro" (TACrimSP. MS 206.016/4. 7ª C., j. 9.-5.91. Rel. Fábio de Araújo. RJDTACrim 12/201)[23] .
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR ESPECIAL.
> Ministro de Estado da Defesa excluído do polo passivo da ação.
> Argüição de litispendência não acolhida.
> Inexistência, no caso de direito líquido e certo.
> Segurança denegada. (STJ - MS nº 7541 Processo: 200100561792/DF 3ª seção Data da decisão: 23/04/2003. Relator FONTES DE ALENCAR. DJU de :01/09/2003 PÁGINA:216).

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

Na primeira hipótese, exigindo maior instrução probatória[24], não existirá a comprovação do direito líquido e certo, devendo ser extinto o processo sem julgamento de mérito. No mesmo sentido, observa Eduardo Arruda Alvim:

> "Por não admitir dilação probatória, os fatos alegados pelo impetrante devem estar devidamente documentos através de

---

[21] In REMÉDIO, José Antônio. *O Mandado de Segurança na Jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 607.
[22] Aliás, a súmula 304 será objeto de análise em momento posterior.
[23] *In* REMÉDIO, José Antônio. Op. Cit. p. 511.
[24] Não se deve olvidar que há instrução probatória no *mandamus*, considerando a natureza das informações como elemento de prova. Aliás, em alguns casos há instrução probatória não apenas em relação às informações, como bem esclarece Sérgio Ferraz ao aduzir que "É comum se afirmar que não existe dilação probatória no mandado de segurança. Não me parece que seja bem assim. Eis alguns exemplos de exceções a essa regra tão peremptória. Em primeiro lugar, se a autoridade coatora juntar às suas informações documentos, é impossível que o juiz sentencie sem dar vistas destes documentos à parte contrária. Segundo, se a parte não detém documentos quando impetra o mandado de segurança e, estando eles em mãos da administração pública, é possível a impetração do mandado de segurança sem prova pré-constituída. Neste caso, de acordo com o art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 1533/51, o juiz determinará à autoridade coatora que apresente estes documentos em juízo. Assim, esta idéia de que o mandado de segurança não permite em caso algum dilação probatória precisa ser examinada com alguma cautela, evitando-se generalizações. Não é algo que possa ser dito como verdade absoluta e imutável. As circunstâncias é que ditarão qual a regra a ser observada, até mesmo em função do princípio do contraditório e do devido processo legal". *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In Direito Processual Público. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 141.

> prova pré-constituída na própria inicial do mandado de segurança. Se, em contrapartida, houver esta necessidade, sequer se chega à análise do mérito do mandado de segurança, devendo o mesmo ser extinto com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, restando abertas, ao impetrante, as vias ordinárias para solução de seu conflito com a Administração Pública"[25].

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

> "tem-se, por outro lado, que o *mandamus* é ação dotada de peculiaridades próprias. Isso significa que não admite dilação probatória. E se a denegação da segurança tiver apoio na ausência de prova, não se formará a coisa julgada material e a parte poderá usar das vias ordinárias para discutir a matéria em sua inteireza, onde poderá produzir todas as provas que achar conveniente"[26].

Nestes casos, poderá o interessado impetrar novo mandado de segurança, desde que superado o óbice anterior, tendo em vista que a decisão não alcançará a coisa julgada material[27].

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

> "O direito líquido e certo, embora deva ser comprovado de plano, vez que o mandado de segurança não premia a delonga probatória, constitui, juntamente com a análise da legalidade ou abuso de poder., matéria que compõe o próprio objeto do *writ,* desaguando no julgamento do mérito. Vale dizer, que se o juiz concluir que o ato de autoridade comprovado de plano é abusivo ou editado com ilegalidade e hostiliza direito subjetivo do impetrante, concederá a segurança; caso contrário denegará a segurança. Mas em ambos os casos apreciará o mérito. Vale dizer em ambos os casos a decisão fará coisa julgada material"[28].

Destarte, inexistindo qualquer ato ilegal, a coisa julgada ultrapassa os limites do direito líquido e certo para alcançar o próprio direito subjetivo, não havendo nova possibilidade de discussão judicial envolvendo o mesmo objeto e causa de pedir. Esta conclusão é importante, tendo em

---

[25] Op. Cit. p.121.

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

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

[28] *Idem, Ibidem.* Op. Cit. p. 158.

vista que nos casos de decadência, apesar da previsão contida no art. 269, IV, do CPC, a conclusão é diversa[29].

Aliás, discussão semelhante ocorre nas ações cautelares, superada a discussão da existência de mérito em demanda dessa natureza. Nesses casos, acompanho o posicionamento dos que entendem que o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são condições da ação e, ao mesmo tempo, "mérito" da cautelar, dependendo do momento de apreciação do julgador[30].

Resta, por outro lado, enfrentar a última hipótese: denegação da segurança em face da decadência, aplicando-se o art. 18 da Lei 1.533/51.

Nessa hipótese, a decadência e a conseqüente extinção do processo com julgamento de mérito irá alcançar o direito material discutido no MS? O direito líquido e certo engloba o direito subjetivo? A denegação da segurança permitirá o ajuizamento de demanda ordinária, aplicando-se a Súmula 304 do STF e o art. 16 da Lei 1.533/51?

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

IV- DECADÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA — A SENTENÇA QUE A DECRETA E SEUS LIMITES

Como restou claro anteriormente, o direito líquido e certo é, ao mesmo tempo, condição da ação e mérito no mandado de segurança. Nesse instrumento constitucional a sentença tem natureza predominantemente mandamental, tendo em vista que ao mesmo tempo que condena (em caso de concessão da segurança), determina uma conduta a ser praticada[31].

O problema mais marcante ocorre nos casos em que a sentença no mandado de segurança decreta a decadência, considerando que a impetração ocorreu fora do prazo de 120 dias previstos na Lei 1.533/51.

Aliás, muito se discute acerca da constitucionalidade dessa limitação temporal, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 em momento algum fixou qualquer prazo. Assim, será que a

---

[29] Como será demonstrado a seguir, a decadência alcança apenas o direito líquido e certo, não atingindo o direito subjetivo.

[30] Sobre o assunto, vale transcrever as lições de Humberto Theodoro Júnior: "A ação cautelar, é certo, não atinge nem soluciona o mérito da causa principal. Mas no âmbito exclusivo da tutela preventiva ela contém uma pretensão de segurança, traduzida num pedido de medida concreta para eliminar o perigo de dano. Assim, esse pedido, em sentido lato, constitui o *mérito da ação cautelar*, que nada tem a ver com o mérito da ação principal. Analisando-se, pois, a ação preventiva de *per si*, é perfeitamente possível afirmar-se que também nela se pode separar o mérito das preliminares relativas aos pressupostos processuais e condições da ação propriamente ditas. Dentro desse prisma, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* devem figurar no mérito da ação cautelar, por serem requisitos do deferimento do pedido e não apenas da regularidade do processo ou da sentença" (*Processo Cautelar*. 18ª edição. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1999, p. 73).

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

Lei 1.533/51, em seu art. 18, foi recepcionada pela CF/88 (art. 5, LXIX)? Realmente, a doutrina tem discutido, com bastante ênfase, a não recepção do art. 18 da LMS pela CF/88[32].

De qualquer sorte, há Súmula do Supremo Tribunal Federal pacificando, pelo menos à nível jurisprudencial, a discussão a respeito da constitucionalidade do prazo decadencial no mandado de segurança:

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

Superado este obstáculo, cumpre, a partir de agora, enfrentar outro problema envolvendo a decadência no *mandamus*. Como observado anteriormente, o mérito constitui exatamente a verificação acerca da violação a direito líquido e certo, assim como a existência ou não de ato ilegal praticado por autoridade, *ex vi* art. 1º da Lei 1.533/51.

Ademais, a decisão denegatória de mandado de segurança, quando extingue o processo em virtude de falta de provas, não faz coisa julgada, permitindo a utilização das vias ordinárias ou mesmo outro mandado de segurança (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda), inclusive com a garantia estabelecida na Súmula 304 do STF[33].

Em se tratando de decadência, será que é possível a utilização das vias ordinárias, considerando que a decisão extinguirá o processo com julgamento de mérito[34], nos termos do art. 269, IV, do CPC?

É bem verdade que o direito líquido e certo é uma qualificação do direito subjetivo, tendo em vista que sua sustentação está em fatos comprovados de plano. Assim, em casos como estes, o

---

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

[33] Aliás, a expressão 'denegatória' normalmente significa análise do mérito. Contudo, não se deve ter extremo rigor em sua interpretação, considerando que, em alguns casos, a sua utilização vem empregada no sentido de decisão processual como, *v.g,* nos casos de falta de prova do direito líquido e certo. Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno defende que "nem sempre decisão 'denegatória' do mandado de segurança é decisão de mérito. Ela é desfavorável ao impetrante, isso não deixa margem de dúvidas. Essencial, no entanto, pesquisar os fundamentos pelos quais não se reconheceu o direito do impetrante para atestar se se trata, ou não, de decisão de mérito e, por isso mesmo, passível de forrar-se da coisa julgada material". Op. Cit. p. 138.

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

sistema permite a defesa do direito líquido e certo através da espécie de tutela jurisdicional diferenciada[35] denominada mandado de segurança.

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

Todas as respostas devem ser negativas.

Na verdade, superada a discussão quanto à constitucionalidade do art. 18 da Lei 1.533/51, deve-se afirmar que o prazo de 120 dias é apenas para a utilização do mandado de segurança, sendo que a decadência atingirá tão somente o direito líquido e certo, não ultrapassando seus limites para atingir o direito subjetivo.

Mais ainda, a coisa julgada decorrente desta sentença denegatória do *mandamus*, não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o *fundo do direito*.

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

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

Logo, a decadência não pode ultrapassar os limites do direito líquido e certo para atingir o direito subjetivo[36], já que este poderá ser discutido em prazo bem superior à cento e vinte dias. Por outro lado, considerando que a *coisa julgada* decorrente da decadência atinge o direito

---

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

[36] Não se deve olvidar que há a necessidade de se verificar se o caso concreto refere-se a ato único ou atos sucessivos. Nestes, o prazo decadencial renova-se à cada violação, como bem observa Hely Lopes Meirelles: "Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado". Op. Cit. p. 54. Na jurisprudência, indica-se os seguintes precedentes: a) STJ - ROMS 13792, Relatora Min. ELIANA CALMON. DJU de 05/05/2003 PÁGINA:237); b) STJ - RESP 49960 – RS, Relator. Min SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJU de :23/06/2003).

líquido e certo, não poderá o interessado impetrar outro *writ*, posto que esbarraria neste pressuposto processual de validade negativo — coisa julgada[37].

Nesse sentido, há precedentes jurisprudenciais que merecem transcrição:

> "PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – REPETIÇÃO DE AÇÃO EXTINTA PELA OCORRÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS – IMPOSSIBILIDADE – COISA JULGADA.
> A sentença que reconhece a expiração do prazo decadencial de 120 dias configura coisa julgada, o que impede novo ajuizamento da ação mandamental, atacando o mesmo ato inquinado de ilegal (art.267, V, do CPC)" (TRF 2ª REGIÃO — Apelação em Mandado de Segurança nº 42739 — SEGUNDA TURMA — Rel. Juiz Sérgio Schwaitzer. DJU DATA:30/08/2002).
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. COISA JULGADA.
> Mandado de segurança anteriormente impetrado, com decisão de mérito — decadência — transitada em julgado, idêntico ao aqui em fase recursal.
> Existência de coisa julgada.
> Recurso improvido" (STJ –Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 5589.- Quinta Turma Rel. Min Felix Fischer. DJU de 25/02/1998).

Aliás, discutível é, inclusive, a analogia entre a decadência no MS e a hipótese prevista no art. 269, IV, do CPC, já que a extinção do processo, *in casu*, não impedirá a utilização das vias ordinárias[38]. Como bem ressalta Cassio Scarpinella Bueno:

> "Daí que, mesmo quando proclamada a extinção do direito de impetrar o mandado de segurança pela consumação do prazo de 120 dias, essa decisão não pode significar 'decisão de mérito',

---

[37] Mais uma vez é oportuno transcrever os ensinamentos de Montovanni Colares Cavalcante, quando afirma que "assim, o fato de o mandado de segurança ter sido denegado em face da decadência, vale dizer, na hipótese de constatado o decurso dos cento e vinte dias para a obtenção do direito sob a forma sumária, *nada impede que o autor utilize a ação própria*, exatamente diante da advertência contida no art. 15 da Lei 1.533/51". Op. Cit. p. 208.

[38] Aliás, sobre o assunto, vale transcrever a seguinte decisão:
"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA – ART. 18 DA LEI Nº 1.533/51 – NOVA IMPETRAÇÃO – COISA JULGADA FORMAL COM EFEITOS MATERIAIS REDUZIDOS.
1 - O reconhecimento da decadência instrumental, prevista no art. 18 da Lei nº 1.533/51, não importa, efetivamente, em provimento de mérito, mas sim em declaração da ausência de adequação da tutela mandamental em relação à vexata quaestio, o que deságua na carência de ação por falta de interesse processual e impõe a aplicação do art. 267, inciso VI, do Digesto Processual, não sendo caso, portanto, de extinção do feito com fulcro no art. 269,
inciso IV, do mesmo Diploma Legal.
2 - Malgrado a extinção do processo sem exame de mérito não exclua a possibilidade de renovação da demanda, impõe-se ao Autor a correção da condição antes ausente, apresentando-se inviável o questionamento de aspectos que já foram decididos no feito anterior, os quais, por força da preclusão consumativa (artigos 471 e 473, do CPC), a respeito dos quais produzirá, a sentença terminativa, efeitos materiais reduzidos.
3 - Tendo em conta que o segurado já impetrou mandado de segurança objetivando restabelecer o pagamento de seu benefício previdenciário — comportando idênticos litigantes, causa de pedir e pedido —, tendo sido extinto referido mandamus, com base na decadência prevista no artigo 18 da Lei de Mandado de Segurança, cumpre observar, na espécie, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, na medida em que renovado o pleito na via mandamental, devendo se submeter ao comando previsto no artigo 267, inc. V, do Digesto Processual.
4 – Remessa necessária e apelação providas". (TRF – 2ª Região — Apelação em Mandado de Segurança 41439 – Sexta Turma. Rel. Juiz Poul Erik Dyrlund. DJU data 10/06/2003).

> encartável no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Aqui, pelas peculiaridades do mandado de segurança, a 'decadência' diz respeito apenas à forma específica do exercício do direito pelo particular e não ao próprio direito material veiculado ao Estado-juiz pelo mandado de segurança (mérito)"[39].

Percebe-se, portanto, que a decadência em sede de mandado de segurança não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o direito subjetivo. Não poderá, portanto, ser impetrada nova demanda mandamental (já que atingida pela coisa julgada material), mas tal fato não impedirá a utilização das vias ordinárias. Francisco Antônio de Oliveira cita, inclusive, decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal para esclarecer o assunto:

> "O prazo decadencial de 120 dias a que se refere o art. 18 da Lei 1533/51 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"[40]

E, em seguida, transcreve outra parte da decisão, também de interesse ímpar para correto entendimento do assunto:

> "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 dos outros meios processuais. A consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de segurança não confere judicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-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*" (RMS 2.1352-1-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/4/92, v.u., DJU 26.06.92, p. 10104, sec I, ementa)[41].

Portanto, a decadência em sede de mandado de segurança não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o direito subjetivo, considerando que o objeto e a causa de pedir não foram apreciados pelo Poder Judiciário.

V- A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA — O CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA – A CORRETA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO E DAS SÚMULAS

---

[39] Op. Cit. p. 140.
[40] Op. cit. p. 156.
[41] *Idem. Ibidem*. p. 156.

Nesse momento, cumpre enfrentar, finalmente, em quais casos há a aplicação dos arts. 15 e 16 da Lei 1.533/51 e mesmo da Súmula 304 do STF.

Ficou demonstrado anteriormente que, nos casos em que a denegação da segurança for proveniente de decisão processual que inadmitiu o processamento do *mandamus* em face da inexistência de prova do 'direito líquido e certo', o interessado poderá manejar outra demanda, até mesmo outro *writ* constitucional (se obtiver a prova substancial que faltou no primeiro *mandamus*), já que não há que se falar em coisa julgada material. Portanto, são aplicáveis as disposições legais acima citadas.

Aliás, nesse sentido, observa Hely Lopes Meirelles que:

> "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 de segurança e a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração (Lei n. 1.533/51, art. 8º)"[42].

Já nos casos em que se constata a decadência, em virtude da impetração intempestiva do *mandamus*, dever-se-á interpretar com cuidado o instituto da coisa julgada, no que se ratifica posicionamento apresentado no item anterior.

Com efeito, deve-se observar o direito líquido e certo como uma qualificação do direito subjetivo[43]. Logo, se o direito líquido e certo não foi discutido via mandado de segurança no prazo de cento e vinte dias, este restará decaído, mas a decadência não poderá ultrapassar os limites do mandado de segurança para atingir o direito subjetivo[44].

Nesse sentido, poderá o interessado fazer uso das vias ordinárias, já que a decadência atingirá apenas o direito líquido e certo e haverá apenas a impossibilidade de impetração do *writ* constitucional. Por outro lado, se o impetrante manejar outro mandado de segurança, haverá a incidência do pressuposto processual de validade negativo, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

Em relação à coisa julgada, faltam apenas duas observações, todas envolvendo o julgamento de mérito típico; ou seja, a concessão ou a denegação da segurança.

Nos casos em que há a denegação da segurança pela inexistência de ato ilegal ou arbitrário e, conseqüentemente, do próprio direito líquido e certo, a coisa julgada atinge o mérito. Logo, ultrapassa os limites do mandado de segurança e — ao contrário da decadência — atingirá qualquer outra demanda judicial, ficando, por outro lado, a decisão passível de impugnação via ação rescisória, desde que presente alguma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC.

---

[42] Op. Cit. p. 107.

[43] José da Silva Pacheco observa que: "Todo direito subjetivo é fruto da incidência de normas jurídicas sobre o fato, que se adequar ao desenho legal. Se o impetrante demonstra, de forma clara e precisa, sem necessidade de procedimento de liquidação ou de cognição ordinária, com dilação probatória, a ocorrência do fato previsto em lei, que aponta, e daí resulta, como efeito, o direito subjetivo, de que é titular, e demonstra, também, que a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica prestadora de serviço público cometeu ou ameaça cometer ilegalidade ou abuso de poder em detrimento daquele direito subjetivo líquido e certo, o juiz concederá o mandado de segurança para protegê-lo". Op. Cit. p. 225.

[44] Aliás, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando comentam o art. 18 da Lei 1.533/51, defendem que: "**Decadência**. Admitida a constitucionalidade da norma ora comentada pela jurisprudência majoritária (...), o prazo de impetração é de decadência. O que se extinguiria é o direito de impetrar MS, mas não o direito material ameaçado ou violado. Caso tenha ocorrido a decadência do MS, o direito material ameaçado ou violado poderá ser protegido pela via ordinária". Op.cit. p. 1.644 e 1645 (nota 3).

Aliás, tanto é assim que a Súmula 304 do STF estabelece que a renovação de outra demanda apenas poderá ocorrer se não houver coisa julgada. Destarte, o STF expressa que "*decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria".*

Nessas hipóteses, o interessado não poderá utilizar as vias ordinárias, considerando que incidirá clara violação à coisa julgada, posto que o mérito já foi decidido. Evidente que, se houver novo fundamento jurídico ou nova violação à direito líquido e certo, poderá o interessado impetrar outro mandado de segurança, não incidindo na tríplice identidade prevista no art. 301, §2º, do CPC[45].

Por outro lado, nos casos de concessão da segurança, deve ser enfrentada a seguinte questão: a coisa julgada alcançará período pretérito; ou seja, período anterior à data da impetração? .

Antes de responder a indagação, importante ressaltar que a coisa julgada poderá gerar efeitos para o futuro, como nos casos envolvendo direito líquido e certo envolvendo servidor público e parcelas remuneratórias. Nestes casos, em regra, o cumprimento do *mandamus* atingirá as parcelas sucessivas.

Já em outros casos, a concessão de segurança restabelece direito ao impetrante, cujos efeitos retroagem à data da impetração. Nessas hipóteses, as parcelas retroativas ficarão sujeitas à execução judicial da sentença.

Aliás, exemplo interessante é mencionado por Sérgio Ferraz:

> "A decisão em mandado de segurança concedida a funcionário para reintegrar-se no cargo do qual fora afastado contém implícita a ordem para a percepção do estipêndio e das demais vantagens inerentes ao cargo, perdidos com o afastamento"[46].

O que se deve deixar claro é que a sentença no mandado de segurança poderá ensejar duplo efeito: o mandamental[47] (ligado ao fazer ou não fazer, cujo cumprimento deve ser efetivado nos moldes estabelecidos em lei[48]), eventualmente o condenatório (como nos casos em que existem parcelas retroativas — entre a data da impetração e a do recebimento do ofício de cumprimento)

---

[45] Mais uma vez, é oportuna a lição de Hely Lopes Meirelles: "Nada impede, entretanto, que a mesma parte impetre sucessivos mandados de segurança com o mesmo objeto, desde que por fundamentos diversos. Já então não ocorre *renovação do mandado*, no sentido a que a lei se refere, opondo a restrição do art. 16. Haverá, em tal caso, impetração inteiramente nova, apenas entre as mesmas partes figurantes em mandado anterior. Nessas hipóteses, não há *coisa julgada* impeditiva do novo mandado, porque não ocorre a mesma razão de pedir, embora confluam os dois outros requisitos da *res iudicata*". Op. Cit. p. 108.

[46] *Comentários à lei do mandado de segurança*. 11ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 279.

[47] Sérgio Ferraz ensina que "concedido o mandado de segurança, em primeira instância, passa-se à fase da execução da sentença, ou seja, à do cumprimento da ordem, pela autoridade coatora, a fim de que ponha imediato fim à ilegalidade ou ao abuso de poder, restituindo ao impetrante o antigo *status*, subtraído ou ameaçado de subtração, pela arbitrariedade administrativa". *Idem. Ibidem*. p. 263-264. Já Hely Lopes Meirelles expõe que: "A *execução da sentença* concessiva da segurança é imediata, *específica* ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária. Se houver danos patrimoniais a compor, far-se-á por ação direta e autônoma, salvo a exceção contida na Lei n. 5.021/66, concernente a vencimentos e vantagens pecuniárias de servidores públicos, reconhecidos na sentença concessiva, os quais se liquidam por cálculo do contador e se executam nos próprios autos da segurança". Op. Cit. p. 98. Já José da Silva Pacheco afirma que "a sentença mandamental, geralmente, não é suscetível do processo de execução porque nela está implícita a executividade, que é elemento intrínseco da sentença e não efeito dela (...) O cumprimento da sentença proferida no mandado de segurança prescinde do processo de execução, provocado por ação de execução ou *acto judicati*". Op. Cit. p. 295.

[48] Aliás, sobre a efetivação e mesmo execução da sentença concessiva de segurança, já que não é objeto central do presente debate, ver LEYSER, Maria de Fátima Vaquero. *Mandado de Segurança – individual e coletivo*. São Paulo : WVC, 2002, p. 147 e seguintes. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução de sentença em mandado de segurança*. *In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 603 e seguintes.

que será objeto de futura ação de execução de título judicial, nos moldes do art. 730 do CPC e 100 da CF/88, inclusive com pagamento através de precatório requisitório.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

> "PROCESSO CIVIL. JUROS LEGAIS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PEDIDO IMPLÍCITO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RITO DO ART. 730 E SS. DO CPC. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. NECESSIDADE.
> 1. Os juros legais e a correção monetária são considerados como implícitos no pedido principal, por força do disposto no art. 293 do Código de Processo Civil e na Lei nº 6.899/81 e por tratar-se de simples atualização da moeda.
> 2. Na execução contra a Fazenda Pública, ainda que em sede de mandado de segurança, deve ser obedecido o rito estabelecido pelo art. 730 e seguintes do CPC, com a expedição de precatório para pagamento do débito.
> 3. Recurso especial conhecido em parte" (RESP 401632. 6ª Turma — Data da decisão**:** 16/05/2002 — Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES. DJ de DATA:10/06/2002 PÁGINA:283).
>
> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CALCULOS DE LIQUIDAÇÃO. DIFERENÇA. PERIODO PRETERITO. LEI N. 5021/66 E SUMULA N. 271-STF.
> - Muito embora concedida integralmente a segurança, o acórdão não socorre o impetrante quanto ao período pretérito, sob pena de transmudar-se o *writ* em ação de cobrança. além da proibição legislativa disposta no art. 1º, da Lei nº. 5021/66, o tema em termos jurisprudenciais esta consolidado no enunciado da sumula n. 271 do Supremo Tribunal Federal.
> - Agravo desprovido" (AGRPRC - AGRAVO REGIMENTAL NO PRECATORIO 5 — Processo: 199100117927/ DF — 1ª SECAO Data da decisão: 09/06/1992 — Rel. Min. AMÉRICO LUZ. DJ DATA:29/06/1992 PÁGINA:10246 RSTJ VOL.:00036 PÁGINA:259)

Não se está, com isso, afirmando que o mandado de segurança poderá ser utilizado visando a cobrança de valores. Contudo, se o reconhecimento do direito líquido e certo ocasionar reflexo patrimonial, este será satisfeito mediante execução judicial, inclusive com expedição de precatório requisitório, *ex vi* art. 100 da CF/88[49]. Aliás, a própria Súmula 269 deixa claro que *o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.*

Ademais, o art. 1º da Lei 5.021/66 deixa claro que:

> "O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou

[49] Trata-se, é bem verdade, de execução judicial em face da Fazenda Pública, nos moldes estabelecidos no art. 730 e 731 do Código de Processo Civil. Sobre execução movida em face de pessoa jurídica de direito público, ver VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda* Pública. São Paulo : Dialética, 2003, SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública.* São Paulo : Malheiros, 1999 e MENDES DA SILVA, Américo Luis. *Do precatório requisitório da execução contra a fazenda.* Rio de Janeiro : Forense.

> autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial"

Já a Súmula 271 estabelece que a *concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*.

Observa-se, em razão das linhas aqui traçadas, que a coisa julgada nas sentenças concessivas de segurança deve ser analisada em cada caso concreto. Poderá, em algumas situações, atingir efeitos futuros, além de ensejar execução judicial em relação aos períodos que se venceram durante o transcorrer da litispendência. De qualquer forma, a coisa julgada não poderá atingir período pretérito, o qual deverá ser objeto de nova demanda judicial ou mesmo de reconhecimento administrativo, como estabelece a Súmula 271.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda .*Perfil atual do mandado de segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros2003.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Curitiba : Juruá, 2001.

ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Revista de Processo v. 65 (1992).

BOCHENEK, Antônio César. *A autoridade coatora e o ato coator no Mandado de Segurança Individual*. In *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança — 51 anos depois*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. São Paulo : Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*., vol 1, São Paulo : Saraiva, 1989.

CAVALCANTE, Montovanni Colares .*Mandado de Segurança*. São Paulo : Dialética, 2002.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo. — legitimação ativa*. São Paulo : Saraiva, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no Mandado de Segurança. In Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança — 51 anos depois*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

FERRAZ, Sérgio. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 11ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
_____. *Mandado de Segurança (individual e coletivo) — aspectos polêmicos*. São Paulo : Malheiros. 1996
_____. *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In Direito Processual Público. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança.* 2ª edição. São Paulo Malheiros, 1997.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo : Dialética, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução de sentença em mandado de segurança. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

LEYSER, Maria de Fátima Vaquero. *Mandado de Segurança – individual e coletivo*. São Paulo : WVC, 2002.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. ". *Sentença denegatória de Mandado de Segurança*. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo nº 64, outubro de 2001, p. 17. *Apud* CAVALCANTE, Montovanni Colares. *Mandado de Segurança*. São Paulo : Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003.

MENDES DA SILVA, Américo Luis. *Do precatório requisitório da execução contra a fazenda.* Rio de Janeiro : Forense.

NERY JÚNIOR, Nelson Nery NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de segurança e controle judicial —Mandado de segurança coletivo – enfoques trabalhistas e jurisprudenciais*. 2ª edição, São Paulo Revista dos Tribunais, 1996.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* 4ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

PISANI, Andréa Proto. *Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata. Rivista di Diritto Processuale.* V. XXXIV, Padova.

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

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular — As garantias ativas dos Direitos Coletivos, segundo a Nova Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense , 1989, p. 181.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública.* São Paulo : Malheiros, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 18ª edição. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1999.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda* Pública. São Paulo : Dialética, 2003.

WALD, Arnold. *O mandado de segurança na prática judiciária*. Rio de Janeiro : Nacional de Direito, 1958.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª edição : São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.