

Prazo do mandado de segurança — prescrição ou decadência ?

GELSON AMARO DE SOUZA
Advogado — Procurador do Estado de
São Paulo

SUMÁRIO

- 1 — Introdução
- 2 — Decadência — Conceito
- 3 — Prescrição — Conceito
- 4 — Distinção entre decadência e prescrição
- 5 — Decurso de prazo no mandado de segurança
- 6 — Conclusão

1 — Introdução

Neste breve trabalho, pretende-se buscar a natureza jurídica da perda da ação de mandado de segurança em razão do decurso do prazo assinalado no artigo 18 da Lei nº 1.533/51. Contudo, sabemos de antemão que tal não é fácil. Os institutos da prescrição e decadência às vezes se colocam tão próximos e dificultam ao estudioso descobrir ao certo quando ocorre uma e outra. No mandado de segurança, por exemplo, a dificuldade vem à tona toda a vez que se procura saber se se trata de prescrição ou de decadência o transcurso do prazo para a utilização do remédio heróico.

No afã de se conseguir subsídios para afinal esboçarmos um ponto de vista, vamos traçar uma ligeira digressão sobre os dois institutos. Procuraremos demonstrar o que é e quais os efeitos principais de um e outro e qual, no nosso modesto ponto de vista, se verifica no caso da perda de prazo para a ação de mandado de segurança.

2 — Decadência — Conceito

O conceito de decadência pode ser buscado nas abalizadas lições encontradas na doutrina, que em linhas gerais não são destoantes, como segue:

“decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular” (1);

(1) CÂMARA LEAL, A. L. *Da Prescrição e da Decadência*. Forense, 1978, p. 101.

“a decadência se traduz na perda de um direito” (2);

“a decadência faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício” (3);

“a decadência pressupõe um direito que se pode adquirir, agindo em tempo, que, transcorrido inteiramente, impede a aquisição do direito” (4).

Decadência, a nosso ver, é a queda ou perecimento do direito pela falta de seu exercício no interregno assinalado por lei. A decadência impede que o direito, potencialmente assegurado, se reafirme pela falta de seu exercício. A decadência faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício.

Enfim, a decadência ou caducidade atinge o direito, matando-o no seu nascedouro, ou, em outras palavras, impedindo o seu nascimento. Somente pode-se falar em decadência antes do uso ou afloramento do direito. Toda vez que o direito foi usado, não se pode mais falar em decadência. O mesmo ocorre quando o direito for violado ou ameaçado; isto porque, somente ocorre violação ou ameaça, quando este direito está sendo usado. Não havendo o uso do direito, não há, por certo, violação ou ameaça a este direito, que nem mesmo sequer foi constituído. Muito embora exista confusão entre a decadência e a prescrição, a diferença entre uma e outra às vezes se torna palpável, como mais tarde será demonstrado.

3 — Prescrição — Conceito

“A prescrição é a perda do direito de ação” (5);

“Prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo” (6).

Para CLÓVIS BEVILÁQUA, prescrição é a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo” (7).

Segundo o mesmo entendimento, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO assinala que “a prescrição pressupõe a inércia do titular, que não se utiliza da ação existente para defesa de seu direito, no prazo marcado pela lei” (8).

“Prescrição, segundo a define CARVALHO SANTOS, é um modo de extinguir os direitos pela perda da ação que os assegurava, devido a inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei” (9).

Sem dúvida, a prescrição atinge pura e tão-somente o direito de ação, deixando a salvo o direito material que o lastreia.

(2) FANUCCHI, Fábio. *A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário*. Res. Tributária, 1975, p. 2.

(3) DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Forense, 1968, v. 2, p. 478.

(4) VENZI, apud Miranda Valverde. *Com. à Lei de Falência*. V. 1/306.

(5) FANUCCHI, Fábio. *Op. e loc. cit.*

(6) CÂMARA LEAL, A. L. *Op. cit.*, p. 12.

(7) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Saraiva, 1976, v. 1, p. 312.

(8) MONTEIRO, W. de Barros. *Curso de Dir. Civil*. I, p. 313.

(9) Apud LEVENHAGEM. *Cód. Civil Comentado*. I, p. 217.

4 — Distinção entre decadência e prescrição

Como já foi aduzido, a decadência elimina o direito material, enquanto que a prescrição fulmina o direito de ação.

Pensamos que a decadência é figura de direito material, porquanto a prescrição é de direito processual. O direito material estabelece o direito, sua aquisição, modificação e extinção (decadência) e o direito processual estabelece a forma de proteção do direito através do exercício da ação.

Lembra FÁBIO FANUCCHI que “a decadência se traduz na perda de um direito e, a prescrição, na perda do direito de ação capaz de dar sustentação ao direito” (10). Prosseguindo, afirma o mestre:

“A decadência produz seus efeitos exclusivamente no seio do direito material; a prescrição produz seus efeitos no seio do direito formal, sem reflexos prejudiciais no direito material” (11).

A decadência impede o nascimento do direito, enquanto que a prescrição pressupõe a existência de um direito anterior; revela-se, propriamente, a inércia na defesa desse direito pelo seu titular, dentro do prazo estabelecido.

Não é outra a lição de DE PLACIDO E SILVA, que assim explica:

“A decadência faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício; a prescrição faz perecer a ação para defender o direito já firmado, em virtude de importunação alheia.

Na prescrição, o direito já é efetivo, não depende de exercício para integrar-se ao patrimônio do titular. O direito de agir para defendê-lo, se ameaçado ou violado, é que prescreve, desde que não tenha sido a ação intentada no prazo regulamentar, a contar da data em que a ameaça ou a violação ocorreu” (12).

“A prescrição extingue apenas a ação para cujo exercício foi estabelecida, podendo o direito ser pleiteado por outra ação se houver, não atingida pela prescrição; a decadência prejudica todas as ações que se fundaram no direito por ela extinto, impedindo de modo absoluto que seu titular o invoque como fundamento de qualquer pretensão em juízo” (13).

“A prescrição diz respeito ao exercício da ação, enquanto a decadência refere-se ao exercício do direito” (14).

A decadência não se interrompe e nem se suspende, enquanto que a prescrição pode ser interrompida. A decadência corre para todos sem distinção, e a prescrição não corre para determinadas pessoas (cf. arts. 168 e 169 do CC).

(10) FANUCCHI, Fábio. *Op. cit.*, p. 2.

(11) *Idem*, *op. cit.*, p. 3.

(12) DE PLACIDO E SILVA. *Op. cit.*, p. 478.

(13) CAHALI, Yussef Said. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 22, p. 365; e *Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência*. *Rev. Tribunais*, 1978, p. 27.

(14) LEVENHAGEM, A. J. de Souza. *Op. cit.*, 218.

“A decadência começa a correr como prazo extintivo desde o momento em que o direito nasce; a prescrição não tem o seu início com o nascimento do direito, mas só começa a correr desde o momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado; porque nesse momento é que nasce a ação, contra a qual a prescrição se dirige” (15).

A diferença entre uma e outra é marcante, enquanto, na decadência, o que extingue é o direito, na prescrição o que extingue é a ação, permanecendo o direito que poderá ser exercido por outros meios.

5 — Decurso de prazo no Mandado de Segurança

Tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que a perda do prazo pelo decurso dos 120 dias, previstos no artigo 18 da Lei nº 1.533, de 1951, corresponde à decadência (16).

Entendíamos também assim, mas de há um certo tempo, começamos a pôr em dúvida o nosso entendimento. Isto porque a Constituição federal, em seu art. 153, parágrafo 21, dispõe: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”, e a Lei nº 1.533/51, em seu artigo primeiro, acrescenta: “... sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade...”

As duas normas falam em direito líquido e certo e violação ou justo receio de violação do direito. Como susomencionado, a decadência é a perda do direito por ausência de atuação ou inércia do titular deste direito. A perda ou a efetivação do direito depende única e exclusivamente do interessado em atuar ou não atuar, e jamais de terceiro.

Estando o interessado no uso de seu direito, não se pode mais falar em decadência. Não estando em uso do direito, não se pode falar em violação ou ameaça por parte de terceiro, já que somente é possível ser violado um direito exercido por alguém.

Logo, quando as leis falam em violação ou justo receio de violação, estão a afirmar que o direito está sendo exercido por seu titular. Sem o exercício do direito pelo titular não seria possível falar-se em violação ou receio de violação do direito.

Em sendo o exercício que vai dar substância ao direito, sem o exercício não haverá o direito, e em não havendo este, não há o que se violar. Somente se viola ou ameaça de violação o que existe e é fluente. Inexistisse o direito fluente, não haveria violação.

(15) CAMARA LEAL, A. L. *Op. cit.*, pp. 100-101.

(16) Doutrina: MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2.ª ed., Rev. Tribunais, 1966, p. 564; e *Mandado de Segurança e Ação Popular*. 8ª ed., Rev. Tribunais, 1982, p. 22.

MONTEIRO, W. de Barros. *Op. cit.*, p. 313.

OLIVEIRA, Lauro Laertes. *Mandado de Segurança — Prática — Processo e Jurisprudência*. 4ª ed., Juruá, 1977, v. 3, p. 42.

JURISPRUDÊNCIA: RTJ 62/93, 74/835 e RT 474/70, 473/128, 524/252, RF 251/236, entre outras.

A Constituição federal e a Lei nº 1.533/51 exigem mais que um simples direito para justificar a ação de mandado de segurança. Exigem, além do direito, que este seja líquido e certo e vão mais longe, exigindo ainda que este há de sofrer violação ou ameaça. Quem não está no exercício do direito, não o tem, e por maior razão, não haveria os requisitos de liquidez e certeza e muito menos violação ou ameaça.

Ficou assentado que a decadência extingue o direito, e a prescrição extingue a ação.

Fosse caso de decadência em mandado de segurança, o direito seria extinto. Mas isso não ocorre. O que se perde com o decurso do prazo é apenas o direito à ação especial de mandado de segurança, mas o direito em si continua. Tanto isso é verdade que, decorrido o prazo prescricional de 120 dias, poderá o interessado defender o seu direito, através de ação ordinária, enquanto esta não prescrever.

Até mesmo LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, após admitir como de decadência o decurso do prazo de 120 dias, acaba por afirmar:

“Observa-se que a decadência é do direito ao uso do mandado de segurança, o que, portanto, não impede que o direito do interessado seja reivindicado por outras medidas judiciais cabíveis” (17).

Em seguida, afirma o mestre:

“Quando, porém, admitir o recurso com efeito suspensivo, contar-se-á do encerramento do prazo para interposição do mesmo (se este não for interposto) ou da intimação do julgamento do recurso (se este foi interposto)” (18).

Das transcrições acima, duas observações merecem atenção: **a)** afirmar que a decadência é do uso da ação de mandado de segurança parece-nos corresponder ou ser o mesmo se disséssemos que ocorre decadência da ação de execução nos títulos de crédito, salvo o direito pela via ordinária. Ocorre que, nos títulos de crédito, é pacífico que se trata de prescrição; **b)** ficou exposto que o prazo de decadência não se interrompe e nem se suspende, e que começa a correr da data do acontecimento que enseja o direito. Fosse decadência no mandado de segurança, logo, não poderia sofrer as interrupções acima, em razão de recurso na esfera administrativa, como afirma o mestre citado.

Quando a legislação pertinente fala em direito líquido e certo e que este há de ser violado ou ameaçado, está falando em direito preexistente, pois, conforme frisado, não se pode violar ou ameaçar o que não existe. Portanto, há de existir um direito preexistente e que este possa ser violado ou ameaçado.

SÍLVIO RODRIGUES observa que, “se o direito preexiste à ação, que só aparece com a violação daquele, o prazo é de prescrição” (19). Exatamente isso é o que ocorre com o prazo no mandado de segurança, pois o legislador

(17) OLIVEIRA, Lauro Laertes. *Op. cit.*, p. 42.

(18) *Idem*, *op. e loc. cit.*

(19) RODRIGUES, Sílvio. *Op. cit.*, p. 319.

exige o direito preexistente e violação, concedendo a ação especial apenas para proteger esse direito.

Também P. R. TAVARES PAES expõe entendimento de que, “na prescrição, ainda, o prazo começa a correr a partir do momento em que o direito é violado ou ameaçado” (20).

Ainda é FÁBIO FANUCCHI quem proclama: “a prescrição não importa a um direito a ser criado, mas a um direito a ser defendido, porque violado” (21).

No mesmo sentido assevera YUSSEF SAID CAHALI, *in verbis*:

“... a prescrição supõe direito já exercido pelo titular, existente, efetivamente, em ato, mas cujo exercício sofreu obstáculo pela violação de terceiro” (22).

A doutrina entende que a figura da prescrição aparece quando há um direito preexistente e cujo exercício tenha sido obstado por comportamento de terceiro. Já a figura da decadência não comporta falar-se em violação do direito, vez que este tem origem exatamente com a ação, e portanto não pode ser violado antes do seu nascimento. Bastante sugestiva é a lição de YUSSEF CAHALI, como segue: “a prescrição supõe uma ação cuja origem seria distinta da origem do direito, tendo, por isto, nascimento posterior ao nascimento do direito; a decadência supõe uma ação cuja origem é idêntica à origem do direito, sendo, por isto, simultâneo o nascimento de ambos; ... na prescrição o exercício da ação não se confunde com o exercício do direito...”; na decadência, o exercício da ação e o exercício do direito se identificam (23).

6 — Conclusão

Como, em mandado de segurança, a ação e o direito não se identificam, tanto assim que a legislação pertinente fala em proteger direito violado ou ameaçado, e se violado ou ameaçado, porque preexistente, já que não se pode violar ou ameaçar o que não existe, logo, forçoso é concluir que estamos diante da figura da prescrição e não de decadência.

Outra circunstância que nos parece vir a confirmar tratar-se de prescrição é a de que, decorrido o prazo do artigo 18 da Lei nº 1.533/51, o interessado ainda poderá, pelas vias ordinárias, buscar proteção ao seu direito. Quer isto dizer que o direito não nasce com a ação de mandado de segurança e nem desaparece sem essa, continuando a existir mesmo depois do decurso do prazo estipulado no dispositivo supra, tanto que pode ser reclamado pelas vias ordinárias.

Concluindo, o que se perde com o transcurso do prazo citado é a ação especial de mandado de segurança, e não o direito que por ela pode ser protegido. Parece-nos tratar-se de prescrição, com a devida vênia das opiniões em contrário.

(20) TAVARES PAES, P. R. *Enc. Saraiva de Direito*. V. 60, pp. 245-6.

(21) FANUCCHI, Fábio. *Op. cit.*, p. 3.

(22) CAHALI, Yussef Said. *Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência*. Revista dos Tribunais, 1979, p. 25.

(23) *Idem*, *ibidem*, pp. 25-26.