

A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO NO MANDADO DE SEGURANÇA: NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O CPC E A LEI 12.016/09

José Henrique Mouta Araújo¹

Resumo

O CPC/15 consagrou um contato entre a teoria geral do processo e as normas fundamentais, estabelecendo institutos como a primazia da resolução de mérito, celeridade, efetividade e duração razoável do processo. Este ensaio procura enfrentar alguns aspectos ligados à aplicação da primazia da resolução de mérito no Mandado de Segurança, especialmente em relação aos institutos como a teoria da causa madura, aproveitamento da demanda em caso de incompetência e resolução do mérito mesmo ocorrendo a decadência.

I. Considerações introdutórias

O CPC/15 pretendeu superar alguns pontos de estrangulamento do sistema e abreviar o tempo de duração dos processos judiciais. Um dos aspectos mais debatidos pelos estudiosos de direito diz respeito aos objetivos do processo e a diminuição do excesso de formalismo.

Neste contexto introdutório, vale lembrar que o legislador consagrou um claro e necessário diálogo entre a teoria geral do processo e as normas fundamentais, estabelecendo institutos como a primazia da resolução de mérito, boa-fé processual, celeridade, efetividade e duração razoável do processo, fungibilidade e aproveitamento dos recursos, etc.

¹ Pós-Doutor (Universidade de Lisboa), doutor e mestre e em direito (UFPA), professor do CESUPA/PA e do IDP/DF, advogado e procurador do Estado do Pará (www.henriquemouta.com.br).

Este ensaio procura enfrentar aspectos ligados à aplicação da primazia da resolução de mérito no âmbito do Mandado de Segurança, especialmente em relação aos institutos como a teoria da causa madura, aproveitamento da demanda em caso de incompetência em decorrência do erro na indicação da autoridade coatora e resolução do mérito mesmo ocorrendo a decadência.

Vamos aos argumentos:

II- Necessário diálogo conceitual – primazia de mérito e diminuição do excesso de formalismo

Nenhum instituto processual pode ser analisado de forma isolada. Assim, visando a correta compreensão da aplicação da causa madura, correção da autoridade coatora e julgamento do mérito no *mandamus* mesmo em caso de decadência, é necessário analisar as normas fundamentais que dialogam diretamente com estes temas: *cooperação* (art. 6º, do CPC), *primazia de mérito* (art. 4º, do CPC)², *efetividade e celeridade*, etc.

Aliás, a busca da resolução de mérito efetiva também alcança a teoria recursal. É possível afirmar que o sistema processual procura esvaziar o excesso de formalismo de tempos anteriores³. O parágrafo único, do art. 932, do CPC/15, é um dispositivo que bem estabelece essa primazia de mérito recursal⁴, ao consagrar que, antes de considerar inadmissível o recurso, deverá o relator abrir prazo de cinco dias para o recorrente possa

² No tema, vale citar passagem de Alexandre Câmara: “consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução de mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis, aí, portanto, o princípio da primazia da resolução de mérito”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Revista da Advocef, nov/2015, p. 16.

³ Vale transcrever passagem do voto AgRg no AREsp 1117326 / PA (STJ – Rel. Min. Jorge Mussi – 5ª T – J. em 20/02/2018, DJe de 02/03/2018 “O Novo Código de Processo Civil assumiu como uma de suas diretrizes o princípio da primazia da resolução do mérito. Isto significa, na prática, que elementos meramente formais não podem, por si sós, impedir o conhecimento do conteúdo jurídico do pedido apresentado, nem obstar a atividade jurisdicional no sentido de permitir que o juiz conheça e aprecie o direito material envolvido na controvérsia a ele apresentada, corrigindo, se possível, eventuais vícios”.

⁴ Dentre os vários dispositivos do CPC que consagram a primazia de mérito, é possível destacar: 4º, 485, §7º, 488, art. 139, IX, 282, §2º, 317, 321, 932, parágrafo único, 1007, §§4º e 5º, 1029, §3º.

sanar o vício ou complementar a documentação exigível (v.g., *falta de documento, comprovação do preparo ou da tempestividade recursal*)⁵.

Ademais, levando em conta que o art. 932, do CPC, se encontra no título *ordem dos processos dos tribunais*, deve ser utilizado em todos os recursos, incluindo os apelos aos Tribunais Superiores (recursos ordinário, especial e extraordinário)⁶, além daqueles previstos em legislação extravagante.

Em última análise: alguns vícios que obstam o conhecimento do recurso podem ser objeto de correção, visando estimular a análise do próprio mérito (art. 4º, do CPC)⁷⁻⁸.

Aliás, apesar da divergência interpretativa, entendo que a correção dos vícios deve ser oportunizada também em relação aos vícios anteriores à entrada em vigor do CPC/15, desde que o recurso seja apreciado após o início de sua vigência, como consagra o Enunciado 574, do FPPC⁹⁻¹⁰.

⁵ Em relação ao agravo de instrumento, a primazia de mérito indica que o Relator deverá, na falta de cópia de qualquer peça ou outro vício que comprometa a admissibilidade, aplicar o art. 932, parágrafo único, do CPC; ou seja, antes de não admitir, há a necessidade de abrir prazo para a correção do vício processual (art. 1.017, §3º, do CPC).

⁶ O Enunciado 593 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) consagra: “(arts. 932, parágrafo único; 1.030) Antes de inadmitir o recurso especial ou recurso extraordinário, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido conceder o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, nos termos do parágrafo único do art. 932”.

⁷ No que respeita ao REsp e RE, o art. 1.029, §3º, do CPC, estabelece que os Tribunais Superiores podem “desconsiderar vício forma de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o reputa grave.

⁸ Como assinalam Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, após análise do julgamento do STF no AI 375011 (que relativizou a exigência do pre-questionamento): “a previsão do §3º do art. 1.029 do CPC parece claramente inspirada nessa decisão. É bem possível que os tribunais superiores apliquem essa regra desconsiderando defeitos como *pre-questionamento, ilegitimidade recursal ou falta de interesse recursal*. O propósito é exatamente aquele anunciado pela Ministra Ellen Gracie: fazer com que o STF se manifeste sobre questões relevantes e firme precedentes obrigatórios em relação a elas”. *Curso de direito processual*. 13ª edição. Vol 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 319.

⁹ “Enunciado 574- (arts. 4º; 8º) A identificação de vício processual após a entrada em vigor do CPC de 2015 gera para o juiz o dever de oportunizar a regularização do vício, ainda que ele seja anterior”.

¹⁰ O STJ, contudo, tem entendimento em sentido contrário, como se observa na Ementa a seguir: “AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DE CÔNJUGE. DISPOSITIVO VIOLADO. INDICAÇÃO PRECISA. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO PRETORIANO. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. O princípio da primazia do julgamento do mérito somente se aplica aos recursos interpostos sob a égide do novo ordenamento de processo civil. 2. A falta de indicação precisa de qual o artigo, parágrafo ou alínea, da legislação foi tida por violada caracteriza deficiência de fundamentação no recurso especial, inviabilizando a abertura da instância excepcional.

A primazia de mérito está presente, também, no processamento e julgamento do Mandado de Segurança, enfrentando aspectos formais que constavam na redação do CPC anterior e também na própria Lei nº 12.016/09.

III-Aplicação da teoria da causa madura e erro na indicação da autoridade coatora no MS

O CPC/15 consagrou modificações importantes em relação ao efeito devolutivo do recurso de apelação (art. 1.013), além da ampliação das hipóteses para o cabimento da chamada teoria da *causa madura*.

Antes de se enfrentar estas modificações, é necessário partir de uma premissa: o principal efeito dos recursos – delimitador dos demais – é o devolutivo por extensão. Ele é inerente a todos os apelos, e pode ser conceituado como encaminhamento da matéria impugnada para apreciação pelo mesmo ou outro órgão jurisdicional.

Em geral há previsão no efeito devolutivo no art. 1.013 do CPC/15¹¹, e pode ser classificado em *extensão* e *profundidade*. O primeiro assegura a remessa ao órgão julgador exatamente a matéria impugnada, a teor da previsão contida *caput*, ao passo que o segundo permite a apreciação de questão suscitada e discutida, mesmo que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao *capítulo impugnado* (art. 1.013, §1º, do CPC/15)¹².

Incidência da Súmula 284-STF. 3. Requisito de conhecimento do recurso especial interposto com base em dissídio pretoriano é a demonstração analítica da alegada divergência, com a transcrição dos trechos que configurem o dissenso, mencionando as circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. 4. Agravo interno não provido” (AgInt no AREsp 1073482 / SP – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – 4ª T – J. em 17/08/2017 – DJe de 28/08/2017). Há, inclusive, o Enunciado Administrativo nº 2, editado pelo Plenário do STJ, com a seguinte redação: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

¹¹ Referido dispositivo, apesar de constar no capítulo que trata da apelação, é aplicável em toda a sistemática recursal.

¹² Importante observar que o CPC/15, ao contrário da legislação anterior, expressamente prevê a expressão *capítulo impugnado*, deixando claro que caberá ao recorrente a impugnação total ou parcial do julgado.

Assim, em caso de cumulação simples de pedidos (art. 327, do CPC/15) resolvidos em única sentença, o efeito devolutivo remete ao conhecimento e julgamento pelo tribunal os *capítulos efetivamente impugnados*, transitando em julgado os autônomos que não foram objeto de irresignação recursal. Portanto, dependendo do conteúdo, é possível dividir o recurso em parcial e total¹³.

Destarte, em caso de recurso parcial (*impugnação parcial*), há limitação da devolutividade pelo próprio recorrente, não podendo o tribunal resolver capítulo não suscitado no apelo e já trânsito em julgado.¹⁴ A impugnação parcial também delimita, se for o caso, o efeito substitutivo recursal, nos termos do art. 1.008, do CPC/15¹⁵.

Não se deve olvidar que a eventual imutabilidade do capítulo não recorrido da sentença resolutive de mérito advém da *aquiescência* do recorrente no que respeita a este.

O CPC/15, de outra banda, ampliou a responsabilidade dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais nos julgamentos dos recursos de apelação, especialmente no que respeita ao efeito devolutivo e o julgamento *do mérito* diretamente no órgão *ad quem*.

Com efeito, pelo CPC anterior, a possibilidade do julgamento do mérito, como consequência natural do provimento do recurso, estava presente nas situações previstas no art. 515, §3º; ou seja, havia a permissão do *salto de instância* nos casos em que o

¹³ Essa classificação dependerá dos capítulos efetivamente recorridos. Bem a propósito, observa Virginia Brodbeck Bolzani: “quanto à extensão, a apelação pode ser parcial ou plena. A apelação será parcial quando o vencido recorrer para impugnar parte da sentença. A apelação pode ser plena tanto quando o vencido recorrer para impugnar a totalidade da sentença, como quando, havendo sucumbência recíproca, as partes apelarem da parte da sentença que lhes for desfavorável”. Em seguida, conclui afirmando que “as partes da sentença não atacadas na apelação não serão objeto de reexame pelo tribunal. Ao contrário, em relação a elas operar-se-á a preclusão ou a coisa julgada”. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro : Aide, 2001, p. 92.

¹⁴ Aliás, no que respeita ao tema *matérias que podem ser apreciadas pelo tribunal*, ensina Flávio Luiz Yarshell: “operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em profundidade daquilo que, em extensão, já não comporta exame. Permitir-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória”. Em seguida, conclui afirmando que: “o argumento de que a matéria ‘transladada’ ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CPC”. *Ação rescisória : juízos rescindente e rescisório*. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 66 e 67.

¹⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória*. Revista de Processo n. 145, março/2007, pp. 9-23.

tribunal reformava sentença sem resolução de mérito. Como bem observou Eduardo Cambi, ao tratar da legislação anterior:

“A inclusão do §3º, ao art. 515 do CPC partiu da premissa que a *morosidade* é um dos maiores fatores de deslegitimação do mecanismo processo e uma das causas mais graves que impedem o *acesso á ordem jurídica justa*, já que a justiça tardia constitui fonte de descrédito da população no Poder Judiciário, em razão das angústias, sofrimentos psicológicos e econômicos que provoca. Assim, a questão da distribuição do *ônus do tempo* no processo deve estar no centro das novas técnicas de aperfeiçoamento do instrumento processual”¹⁶.

Sem dúvida, o dispositivo revogado teve por objetivo abreviar a duração dos processos. Contudo, importante indagar: qual a consequência processual, considerando o duplo grau de jurisdição e a *reformatio in pejus*? O artigo estava em consonância com os ditames constitucionais?

Estas perguntas são relevantes e merecem ser enfrentadas, levando em conta que o CPC/15 ampliou as hipóteses de julgamento do mérito diretamente pela instância recursal.

Neste fulgor, além das hipóteses de decisão sem resolução de mérito (art. 485 c/c art. 1.013, §3º, I, do CPC/15), também permite o legislador que a apelação tenha dois capítulos (*um recursal e outro, como consequência do provimento, de resolução do mérito da demanda*), desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento¹⁷, nas seguintes hipóteses: a) decretação de nulidade da decisão por ela não ser congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (art. 1.013, §3º, II)¹⁸; b) omissão de exame de um dos pedidos, que poderá ser apreciado pelo órgão colegiado (art. 1.013, §3º, III); c) nulidade por falta de fundamentação (art. 1.013, §3º, III)¹⁹; d) reforma de decisão que reconheça a

¹⁶ CAMBI, Eduardo. *Mudando os rumos da apelação : comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do §3º ao art. 515 do CPC. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002, p.179/180.

¹⁷ O CPC/15, neste particular aspecto, tem redação mais adequada ao ser comparado com a que estava prevista no art. 515, §3º, do CPC/73. A expressão “*condições de imediato julgamento*” permite que o tribunal aplique a teoria da causa madura mesmo nos casos de existência de matéria probatória, desde que constante nos autos. Vale a leitura do ERESP 874.507/ SC (Rel. Min. Arnaldo Esteves – Corte Especial – J. em 19.06.2013, DJe de 01.07.2013), em que o STJ defendeu a extensão da antiga expressão *questão exclusivamente de direito*, para alcançar matéria probatória já constante nos autos.

¹⁸ A rigor, para a sentença *ultra petita*, não há necessidade de novo julgamento, mas apenas a retirada do capítulo do julgado proferido *além dos limites do pedido ou causa de pedir*.

¹⁹ Esta hipótese, analisada em conjunto com o art. 489, §1º, do CPC, permite ao Tribunal o controle da

decadência ou prescrição que poderá provocar o julgamento das demais questões, sem determinar o retorno do feito ao grau de origem (art. 1.013, §4º).

Estes dispositivos, sem dúvida, aumentam o papel e a importância das decisões de 2º grau. A rigor, também consagram a primazia da resolução do mérito (art. 4º, do CPC), diretamente no Tribunal, sem o desgastante, demorado e desnecessário retorno ao 1º grau para novo julgamento.

Não há óbice em relação à aplicação da *causa madura* no julgamento do agravo de instrumento, especialmente nos casos em que é interposto visando impugnar resolução parcial de mérito (art. 1.013 c/c 1015, II). Ora, se o objetivo é alcançar o exame do mérito nos casos de reforma ou anulação da decisão de 1º grau, o mesmo se deve observar para os casos de agravo de instrumento interposto contra, por exemplo, julgamento antecipado parcial (art. 356, do CPC)²⁰.

Vale ressaltar que, de acordo com os entendimentos já presentes desde a interpretação do art. 515, §3º, do CPC/73, a ampliação da teoria da causa madura não é inconstitucional no aspecto ligado ao duplo grau de jurisdição, eis que este princípio não é garantido expressamente em nível constitucional (apesar de se inserir nas garantias inerentes ao *due process of law* – art. 5º, LV, CF/88), podendo legislação infraconstitucional tratar da matéria de modo diverso, como ocorre no art. 34 da Lei 6.830/80²¹.

Importante, nesse aspecto, repisar os ensinamentos de Oreste Nestor de Souza Laspro:

“Aliás, pode-se mesmo dizer que a Constituição em vigor incentivou o legislador ordinário a restringir o direito de apelação. Com efeito, a Carta Política anterior determinava que o recurso extraordinário somente fosse admissível contra as decisões de Tribunal, o que, sem dúvida, impedia o acesso aos Tribunais Superiores a fim de discutir as questões constitucionais e relativas à legislação federal.

fundamentação da decisão recorrida. Assim, quando anulada a decisão recorrida sob o fundamento de falta de fundamentação, deverá o tribunal analisar se há possibilidade de julgar o mérito diretamente no órgão *ad quem*, neste verdadeiro salto de instância.

²⁰ O julgamento parcial, inclusive, pode ocorrer na própria audiência de conciliação ou mediação, desmembrando o feito e permitindo, se for o caso, a interposição de agravo de instrumento pelo prejudicado - E. 576, do FPPC: “(arts. 166, §4º; 354, parágrafo único) Admite-se a solução parcial do conflito em audiência de conciliação ou mediação”.

²¹ Sobre os princípios do processo civil previstos na Constituição Federal, ver obra clássica de NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª edição, São Paulo : RT, 2000.

Ao ampliar o seu cabimento contra qualquer decisão, a Constituição tacitamente admitiu que a supressão do direito de apelar não ofende o direito ao devido processo legal, na medida em que garantido está o acesso à mais alta Corte, a fim de proteger os direitos fundamentais.

Assim, efetivamente, o duplo grau de jurisdição não é garantido no direito brasileiro a nível constitucional, estando somente regulado a nível ordinário”²²

Ainda sobre o duplo grau de jurisdição, importante transcrever as lições de Cândido Rangel Dinamarco:

“Diferentemente dos demais princípios integrantes da *tutela constitucional do processo*, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso”²³.

Portanto, não há violação ao princípio do duplo grau de jurisdição a previsão de julgamento imediato do mérito, nos casos ampliados pelo CPC/15, desde que este esteja em condições de imediato julgamento.

Resta, agora, enfrentar a seguinte indagação: *a teoria da causa madura, com a ampliação advinda dos §§3º e 4º, do art. 1.013, do CPC/15, é aplicável no procedimento do Mandado de Segurança?*

É necessário fazer uma divisão, visando inclusive enfrentar alguns precedentes do STJ e STF: *julgamento de apelação e de recurso ordinário em MS (RMS)*.

Em relação ao procedimento da apelação em MS, nas causas de competência originária de 1ª instância, não há qualquer óbice em relação à aplicação do art. 1.013, §3º, do CPC/15. Assim, em caso de extinção do processo sem resolução de mérito e nas demais hipóteses deste dispositivo, nada impede que o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal dê provimento ao recurso e, prosseguindo no julgamento, analise o mérito da demanda, com a *concessão ou não da segurança*.

É possível ao Tribunal, v.g, após anular a sentença por vício de fundamentação, ou mesmo reformar o julgado que extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de prova pré-constituída, apreciar diretamente o *objeto litigioso* para conceder ou denegar a segurança.

²² *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo : RT, 1995, p. 159.

²³ *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, 3ª edição, São Paulo :Malheiros, 2003, p. 240/241.

Situação totalmente diversa, mas igualmente importante, ocorre nos casos de *decadência* (art. 23, da Lei 12.016/09), em razão da impetração do *mandamus* fora do prazo de 120 (cento e vinte dias). Como será aprofundado no próximo item, esta decisão é de natureza *processual* e não está alcançada pela redação do art. 1.013, 4º, do CPC/15.

Enquanto na legislação processual comum a *decadência* é hipótese de resolução de mérito (art. 487, II), no *writ* ela alcança apenas o procedimento (*sem qualquer resolução do mérito da relação material deduzida em juízo*), pelo que a teoria da causa madura deve ser observada, quando for o caso e atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, I, do CPC/15.

De outro prisma, resta enfrentar se a teoria da causa madura é cabível no julgamento do RMS, pelo STJ (art. 105, II, *b*, da CF/ 88 c.c 1.027, II, *a*, do CPC/15) ou pelo STF (art. 102, II, *a*, da CF/88 c.c 1027, I, do CPC/15). A rigor, o procedimento do RMS é semelhante ao da apelação (arts. 33 a 35, da Lei 8038/90), inclusive no que respeita ao único juízo de admissibilidade (art. 1028, §3º, do CPC/15).

No sistema processual anterior, existem registros jurisprudenciais favoráveis a aplicação da causa madura (art. 515, §3º, do CPC/73), como se pode observar na passagem da Ementa do RMS 15720-STJ²⁴:

“A matéria impugnada pelo *mandamus* não se relaciona com critérios de julgamento nem com matéria fática. O direito discutido de forma satisfatória. Causa madura para julgamento. O novel § 3º, do art. 515, do CPC aplica-se ao Recurso Ordinário, por interpretação extensiva do art. 34, da Lei 8038/90, guiada pelos princípios da economia e da celeridade processual. Assim, fica permitido ao julgador adentrar no mérito, mesmo se a causa, na instância inferior, fora decidida sem analisá-lo. Com mais razão, possível fazê-lo se o mérito sofreu análise parcial, com a apreciação da *decadência*. CPC, art. 269, IV” (RMS 15720/ SC – 6ª T- Rel. Min. Paulo Medina – J. Em 16/12/2004 – Dje de DJ 19/03/2007 p. 394).

O assunto também foi enfrentado pelo STF. No RMS 26.959 o Min. Relator Eros Grau se posicionou favoravelmente ao instituto, como se observa na seguinte passagem de seu voto: “*não há razão para que o preceito, incluído no rito processual mais extenso*

²⁴ No mesmo sentido: RMS 13021 / RJ – Rel. Min. Paulo Medina – 2ª T – J. em 17/10/2002 – DJ de DJ 11/11/2002 p. 170 - RSTJ vol. 165 p. 193; RMS 15877 / DF – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – 1ª T – J. em 18/05/2004 – DJ 21/06/2004 p. 163 - REVPRO vol. 119 p. 187; RMS 31663 / SP – Rel. Min. Herman Benjamin – 2ª T – J. em 05/10/2010 – Dje 02/02/2011.

de nosso ordenamento, deixe de ser aplicado ao mandado de segurança, especialmente diante de feito em que a recorrente é beneficiária da Lei n. 10.741/03, alterando-se o entendimento jurisprudencial deste Tribunal quanto à matéria”. O feito foi remetido ao Plenário, com julgamento por maioria assim ementado (Rel. para acórdão Min. Menezes Direito):

“Recurso em mandado de segurança. Anistia política. Pensão militar. Imposto retido na fonte. Lei nº 10.559/02. Autoridade coatora. Legitimidade. 1. A folha de pagamento dos militares corre à conta do Ministério do Exército. O Ministro de Estado da Defesa e o Comandante do Exército, portanto, detêm o poder de determinar a interrupção dos descontos relativos ao imposto de renda feitos nos proventos da recorrente, exatamente o objeto da impetração. Legitimidade, assim, das citadas autoridades para figurar no pólo passivo do mandado de segurança. 2. Recurso ordinário provido para reconhecer a legitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para a apreciação do mérito do mandado de segurança, inaplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil” (RMS 26959/DF – Rel. Min. Eros Grau - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito - Julgamento: 26/03/2009 - Tribunal Pleno - DJe-089 divulg 14-05-2009 e public 15-05-2009 - Ement vol-02360-01 PP-00159 RTJ VOL-00210-01 PP-00259).

Nestas linhas, não se pretende tratar de assunto ligado à efetiva ocorrência de *ilegitimidade passiva* quando há erro na indicação da autoridade coatora, mas apenas a consequência processual decorrente desta constatação²⁵⁻²⁶. No RMS apreciado pelo Pleno do STF, portanto, foi mantido o entendimento da inaplicabilidade da teoria da causa madura (art. 515, §3º, do CPC/73 e atual art. 1.013, §3º, do CPC/15).

A propósito, em manifestações mais recentes, o STJ também tem se posicionado pelo incabimento deste *salto de instância* no recurso ordinário interposto em sede de mandado de segurança (incidência do Enunciado Administrativo nº2). AgInt no RMS

²⁵ Este tema foi tratado no julgamento, no STJ, do RMS 19.378/DF (J. em 01/03/2007 – DJ de 19.04.2007). Da ementa, transcreve-se o item 4: “a errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade *ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso, não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação”.

²⁶ Em outra oportunidade, escrevi que “em decorrência deste raciocínio, o erro na indicação da autoridade coatora não deverá gerar a extinção do processo por ilegitimidade (desde que não seja alterada a PJDP), sendo possível a decretação de incompetência do Órgão Jurisdicional a quem foi distribuído o feito” *Mandado de segurança*. 6ª edição, Juspodivm, 2017, p. 203. Além disso, no âmbito do *mandamus*, em regra é possível a aplicação dos arts. 338, 339 e 64, §4º, do CPC/15

50749 / SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves – J. em 14.06.2021), assim entendeu a 1ª Turma:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA**. TEORIA DA **CAUSA MADURA**. INAPLICABILIDADE. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. 1. Caso em que o **recurso em mandado de segurança** foi protocolizado em 07/01/2016 e, assim, ante o fenômeno da ultra-atividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça, o seu processamento deve observar as disposições do Código de Processo Civil de 1973. 2. A teor da jurisprudência desta Corte não é possível aplicar a teoria da **causa madura** (art. 515, § 3º, do CPC/1973) em sede de **recurso** ordinário, sob pena de supressão indevida do juízo natural constitucionalmente estabelecido para a análise originária do **mandado de segurança**. Nesse sentido: AgInt no RMS 45.729/GO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/11/2020; RMS 49.972/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 9/6/2020; AgInt no RMS 48.321/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/4/2020. 3. Agravo interno não provido”.

A rigor, mesmo com alguns posicionamentos dos Tribunais Superiores pautados na interpretação do CPC/73, não se vislumbra impedimento para a aplicação da teoria da causa madura no RMS, desde que atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, do CPC atual (*inclusive nos casos de decretação de decadência pelo decurso do prazo de cento e vinte dias*), por várias razões: a) está em consonância com os princípios da celeridade, duração razoável do processo e primazia da resolução de mérito (arts. 4º e 6º, do CPC); b) o procedimento do RMS é semelhante ao da apelação (arts. 32-35 da Lei 8038/90), inclusive no que respeita ao *único juízo de admissibilidade* (art. 1.028, §3º, do CPC); c) o RMS não possui as restrições cognitivas presentes no REsp e RE (como, *v.g., prequestionamento e vedação de análise de direito local*); d) a devolução da causa ao Órgão de origem gera maior demora na prestação jurisdicional e continuidade da instabilidade do direito subjetivo debatido no *mandamus*; e) há previsão expressa no CPC/15 pelo cabimento da causa madura ao recurso ordinário (art. 1027, §2º).

Ora, se o legislador processual de 2015 permite, por exemplo, correção do polo passivo (arts. 338 e 339), manutenção dos atos decisórios proferidos por juízo incompetente (art. 64, §4º), aproveitamento de ação rescisória proposta perante Tribunal incompetente (art. 968, §5º), a ampliação da retratação nos casos de decisão sem resolução de mérito (art. 485, §7º), é razoável defender a possibilidade deste salto de instância no RMS, nos termos no art. 1.027, §2º, do CPC/15, com a consequente resolução do mérito da causa (*denegação ou concessão da segurança*) pelo próprio Tribunal Superior, desde que atendidos os ditames do art. 1.013, §3º, do CPC/15.

Na mesma pisada, importante é destacar que o princípio da primazia de mérito²⁷ também é prestigiado nas hipóteses de impetração do MS perante Órgão Jurisdicional incompetente em decorrência de erro na indicação da autoridade coatora.

Este equívoco por parte do impetrante pode gerar, se alterar a competência Jurisdicional ou se a mesma for vinculada a outra pessoa jurídica de direito público, a extinção do processo (no STJ: AgInt no RMS 51.527/GO, Rel. Ministro Sérgio Kunina, 1ª T, julgado em 18/10/2016, DJe 04/11/2016; AgRg nos EDcl no RMS 45.074/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)²⁸ ou a correção pelo próprio Poder Judiciário, inclusive em atendimento ao art. 338, do CPC²⁹.

A extinção do processo em decorrência do erro na indicação da autoridade e alteração de competência é mais um obstáculo formal que deve ser evitado, para que se garanta a análise do mérito do MS, especialmente pelo curto prazo para o seu manejo que, provavelmente, não mais estará presente na nova impetração. Portanto, sempre que possível e atendendo aos requisitos legais (arts. 338 e 339, do CPC), defende-se a possibilidade de correção da autoridade coatora indicada pelo autor, prosseguindo o feito com a sua redistribuição e, em última análise, atendendo-se ao princípio da primazia de mérito.

IV- Decadência e denegação da segurança – possibilidades processuais – julgamento secundum eventum litis - análise da hipótese prevista no art. 488, do CPC

²⁷ Sobre a primazia de mérito no CPC/15, indica-se a leitura dos seguintes dispositivos: arts. 4º, 6º, 139, IX, 282, § 2º, 317, 319, § 2º, 321, 352, 485, §§ 1º e 7º, 488, 932, parágrafo, 938, § 1º, 968, § 5º, II, 1.007, §§ 2º e 4º, 1.013, § 3º, II e IV, 1.029, § 3º, 1032 e 1.033), além do art. 338.

²⁸ STJ: AgInt no REsp 1505709/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 19/08/2016; AgRg no RMS 32184/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012; AgRg no RMS 35638/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 24/04/2012; REsp 1637704/AM (decisão monocrática), Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 14/02/2017, DJe 16/02/2017; AREsp 663498/BA (decisão monocrática), Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 28/11/2016, DJe 30/11/2016; REsp 1159634/ES (decisão monocrática), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 09/06/2014, DJe 20/06/2014.

²⁹ Existem dois enunciados do FPPC que consagram exatamente a situação em questão: E. 488: “No mandado de segurança, havendo equivocada indicação da autoridade coatora, o impetrante deve ser intimado para emendar a petição inicial e, caso haja alteração de competência, o juiz remeterá os autos ao juízo competente”. E. 511: “A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança”.

Derradeira questão que mantém diálogo direto com a primazia de mérito e que merece enfrentamento neste texto, refere-se aos casos de decadência, em virtude da impetração do *mandamus* fora do prazo de 120 dias previsto na Lei nº 12.016/09 – art. 23.

A própria constitucionalidade desta limitação temporal já provocou certa discussão doutrinária³⁰. De toda sorte, há Enunciado de Súmula do STF sobre o assunto:

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

Superado este questionamento constitucional, cumpre enfrentar outro problema envolvendo a decadência no *mandamus*. Como é fato, o mérito da demanda mandamental constitui a verificação acerca da violação a direito líquido e certo, assim como a existência ou não de ato ilegal praticado por autoridade.

Outrossim, a decisão denegatória de mandado de segurança, quando extingue o processo em virtude de falta de provas, não faz coisa julgada, permitindo a utilização

³⁰ 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”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143. Sérgio Ferraz manifesta-se sobre o assunto, afirmando que: “Quando, por exemplo, afirma-se que o mandado de segurança deve ser impetrado no prazo de cento e vinte dias a partir do cometimento do ato coator, está-se dizendo alguma coisa que o constituinte não disse porque não quis. Caso o constituinte quisesse dizer que a utilização do mandado de segurança deve passar necessariamente por algum critério de tempo, algum sinal ele teria lançado. Mas não o fez. E é bom que se diga que ele assim também procedeu com referência ao *habeas corpus*, ao *habeas data*, ao mandado de injunção e à ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade. Em nenhum destes outros instrumentos processuais existe qualquer direção ou sinal do constituinte, mínimo que seja, no sentido de que devem ser balizados por um critério de tempo para sua utilização. E como se trata de direito seria, evidentemente, um tempo decadencial e não um tempo prescricional”. *Regime Jurídico da Liminar em Mandado de Segurança*. In *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138. Também Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery observam que: “Inconstitucionalidade. A LMS 18 é inconstitucional. O MS, sendo ação constitucional, tem seus requisitos e limites estabelecidos apenas no texto constitucional (CF 5º, LXIX e LXX), que não remeteu seu regime jurídico à lei federal. Ao legislador ordinário é reservado somente o poder regulamentar, fixando contornos procedimentais para ser 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.

das vias comuns ou mesmo outro mandado de segurança (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda e atendido o prazo de 120 dias), inclusive com a garantia estabelecida no Enunciado de Súmula 304, do STF³¹.

Em se tratando de decadência, será que é vedada a utilização das vias comuns, considerando que a decisão extinguirá o “*processo com julgamento de mérito*”³², nos termos do art. 487, II, do CPC/15? Ou se trata apenas de óbice procedimental, não impedindo outra demanda de controle do ato oriundo do Poder Público, desde que atendido ao prazo prescricional?

O prazo de 120 dias³³ é apenas para a impretração do writ constitucional, pelo que a decadência refere-se tão-somente o direito líquido e certo, não atingindo o direito subjetivo. Logo, assegura-se ao interessado o manejo de ação própria, dentro do prazo prescricional, *ex vi* do art. 19 da LMS.

Em suma: trata-se de prazo ligado ao procedimento e não veda a propositura de outra demanda contra a fazenda pública, desde que atendido o prazo prescricional. Portanto, a “coisa julgada”³⁴ decorrente da decisão denegatória do *mandamus*, não ultrapassa os limites do direito líquido e certo para atingir o *fundo do direito*.

³¹ Aliás, a expressão ‘denegatória’ normalmente significa análise do mérito. Contudo, não se deve ter extremo rigor em sua interpretação, considerando que, em alguns casos, a sua utilização vem empregada no sentido de decisão processual como, *v.g.*, nos casos de falta de prova do direito líquido e certo. O novo art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09 manteve a expressão *denega-se* aos casos previstos no art. 267 do CPC (decisões processuais). Sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno defende que “nem sempre decisão ‘denegatória’ do mandado de segurança é decisão de mérito. Ela é desfavorável ao impetrante, isso não deixa margem de dúvidas. Essencial, no entanto, pesquisar os fundamentos pelos quais não se reconheceu o direito do impetrante para atestar se se trata, ou não, de decisão de mérito e, por isso mesmo, passível de forrar-se da coisa julgada material”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 138.

³² 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.

³³ Não se deve olvidar que há a necessidade de se verificar se o caso concreto refere-se a ato único ou atos sucessivos. Nestes, o prazo decadencial renova-se à cada violação, como bem observa Hely Lopes Meirelles: “Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado”. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, ‘habeas data’, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Ainda neste tema, indicam-se os seguintes precedentes: a) STJ – ROMS 13792, Relatora Min. Eliana Calmon. DJ de 05/05/2003 PÁGINA:237; b) STJ – RESP 49960 – RS, Relator. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de: 23/06/2003).

³⁴ Se é que se pode chamar desta forma, eis que o direito não foi atingido, mas apenas o instrumento (ação de mandado de segurança).

De outra banda, considerando que a *coisa julgada* decorrente da decadência atinge o direito líquido e certo, não poderá o interessado impetrar outro *writ*, eis que esbarra neste pressuposto processual de validade negativo – coisa julgada³⁵⁻³⁶.

No contexto, há precedentes que merecem transcrição:

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

“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. 487, II, do CPC/15, eis que a extinção do processo, *in casu*, não impedirá a utilização de procedimento comum³⁷. Como bem ressalta Cassio Scarpinella Bueno:

³⁵ É oportuno transcrever os ensinamentos de Mantovanni Colares Cavalcante, quando afirma que “assim, o fato de o mandado de segurança ter sido denegado em face da decadência, vale dizer, na hipótese de constatado o decurso dos cento e vinte dias para a obtenção do direito sob a forma sumária, *nada impede que o autor utilize a ação própria*, exatamente diante da advertência contida no art. 15 da Lei 1.533/51”. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Dialética, 2002, p 208.

³⁶ Guilherme Freire de Barros Teixeira aponta que: “de forma peculiar, há reconhecimento de que o art. 18 da LMS traz uma hipótese de prazo decadencial, levando ao julgamento de mérito, mas sem a formação de coisa julgada material e sem que haja impedimento para o ajuizamento de nova demanda, desde que, evidentemente, não seja novo *mandamus*”. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007, p. 15.

³⁷ 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

“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’, 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)”³⁸.

Este tema também provoca o necessário diálogo com o princípio da primazia de mérito consagrado no CPC/15, através do enfrentamento da seguinte indagação: *mesmo nos casos de decadência, será possível a denegação da segurança, com julgamento de mérito em favor do réu, à semelhança do previsto no art. 488, do CPC?*

Ora, se for levado em conta que o prazo decadencial está ligado à perda de direito ao procedimento diferenciado ou mesmo à falta de interesse processual³⁹, está correta a

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).

³⁸ *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

³⁹ Guilherme Freire de Barros Teixeira aponta nesta direção, ao aduzir, no item 11 das conclusões de ensaio publicado na RePro (antes da Lei 12.016/09), que: “o decurso do prazo previsto no art. 18 da LMS conduz ao reconhecimento da falta de interesse de agir, pela inadequação da via eleita, devendo ser reconhecida a carência de ação, mas com as conseqüências mencionadas, que, no entanto, no caso específico do mandado de segurança, não são relevantes, já que basta ao interessado pleitear o reconhecimento do seu alegado direito pelas ‘vias ordinárias’”. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007, p. 27.

assertiva de que pode ser resolvido o *mérito direto* do mandado de segurança impetrado fora do prazo de 120 dias. Este raciocínio, para quem entende que a decadência está ligada à falta de interesse processual, caminha no sentido de aplicação da teoria da asserção, eis que, a condição da ação (*decadência do MS*) estaria ultrapassada quando analisado o mérito da demanda mandamental.

Destarte, a primazia da solução de mérito permite, mesmo em casos de decadência, a solução definitiva do *objeto litigioso*. Portanto, partindo desta premissa e se acaso tenha ocorrido o aprofundamento do juízo cognitivo do magistrado (após as informações da autoridade coatora e a manifestação do Ministério Público), será possível a *denegação da segurança* mesmo tendo sido impetrado fora dos 120 dias.

Esta conclusão está em consonância com o art. 4º e, mais especificamente, com o art. 488, do CPC, que consagra a resolução de mérito sempre que for *favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento de natureza processual* (art. 485, do CPC). A resolução de mérito é *secundum eventum litis*, permitindo apenas a denegação da segurança mesmo em caso de impetração fora do prazo de 120 dias.

Aqui é necessário fazer uma importante ressalva: *ao contrário das hipóteses inerentes à aplicação da teoria da causa madura no julgamento da apelação ou do RMS, que permitem ao Tribunal conceder ou denegar a segurança, o art. 488, do CPC, consagra apenas o julgamento do mérito favorável à parte que iria se aproveitar pelo julgamento de natureza processual. Portanto, tendo a natureza processual, o magistrado pode julgar o mérito mesmo em caso de decadência, desde que seja para denegar a segurança.*

O próprio sistema processual de 2015 consagra a necessidade de solução definitiva da relação material deduzida em juízo com celeridade e efetividade, pelo que não faz sentido decretar a decadência no âmbito do MS e, em nova demanda, julgar o pedido improcedente.

Esse tema já foi apreciado no STJ, senão vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO. ATO COMISSIVO, E NÃO OMISSIVO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO. MARÍTIMO SERVIDOR AUTÁRQUICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ENQUADRAMENTO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. PEDIDO DE APROVEITAMENTO E CONVERSÃO PARA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA CUMULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. PRECEDENTES DO TRIBUNAL

FEDERAL DE RECURSOS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Trata-se de Mandado de Segurança em que o impetrante, que pertenceu ao quadro da Lloyd Brasileiro, requer seu imediato aproveitamento e a conversão para a condição de aposentado, bem como o pagamento dos respectivos valores, considerada a prescrição, a partir do Decreto 62.938/1968 c/c a Lei 1.711/1952 e a Lei 8.112/1990. 2. Embora a autoridade apontada como responsável pelo ato omissivo ilegal (Ministro do Transporte) não seja, atualmente, competente para reaproveitar e aposentar o requerente, tem-se que o ato é, em verdade, comissivo, consistente no Despacho que negou expressamente o enquadramento almejado. 3. Nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, é parte legítima não somente quem pode executar diretamente o ato, mas quem delegou essa possibilidade. Não se exige, quanto à legitimidade, que o impetrante conheça toda a distribuição de competências do órgão em que atua a autoridade. 4. A decisão denegatória expressa, aposta no Processo nº 14.261-98, afasta a hipótese de ato coator omissivo e leva à verificação da decadência para impetrar o Mandado de Segurança. 5. Não obstante a decadência do direito de impetração, de forma excepcional, à luz dos princípios da primazia da decisão de mérito, previsto nos arts. 4º e 6º do CPC de 2015; da duração razoável do processo; da celeridade; da instrumentalidade das formas, bem como da aplicação analógica dos arts. 139, IX e 1.029, § 3º, do CPC de 2015, não é o caso de se extinguir o presente Mandado de Segurança sem adentrar o mérito da demanda, pois o ajuizamento da demanda se deu há mais de 3 (três) anos, e a causa está pronta para julgamento, com documentos e argumentos lançados por ambas as partes. 6. Ademais, e mais importante, a segurança é manifestamente incabível, sendo desarrazoado extinguir o writ sem apreciar o direito material do impetrante, que poderia acessar as vias processuais ordinárias demandando a formação de uma nova relação processual. 7. Por ser manifestamente inadmissível, caberia a pronta denegação da segurança por decisão monocrática (art. 212 do Regimento Interno), o que permitiria a análise do mérito. Consequentemente, e diante dos fundamentos expostos, é de se permitir tal análise neste momento do processo. 8. O nome do impetrante não consta na lista anexa ao Decreto 62.938/1968, de modo que não foi integrado ao quadro do Ministério do Trabalho. 9. Ainda que tivesse ocorrido, os marítimos não possuem direito à percepção cumulativa de duas aposentadorias, uma pelo Regime Próprio da União e outra pelo Regime Geral da Previdência Social. Interpretação da Lei 2.752/1956 que não prevê a referida

acumulação para os servidores autárquicos, seja da Lloyd Brasileiro, seja da Companhia Costeira. Precedentes. 10. Segurança denegada” (MS 20295- 1ª Seção – Rel. Min. Herman Benjamin. J. em 9.11.2016 - DJe 29/11/2016)

Estas reflexões devem ser objeto de análise cautelosa, tendo em vista que no MS a consequência da decadência atinge apenas o procedimento, enquanto nos demais casos, leva a extinção do processo com resolução de mérito.

Assim, não se vislumbra qualquer impedimento na sua superação, apenas em caso de denegação da segurança, atendendo-se, em consequência, a outros princípios constitucionais, como bem identificou o STJ no julgamento do MS 20295.

Portanto, cabe ao estudioso à análise do princípio da primazia de mérito no âmbito do Mandado de Segurança, garantindo-se, de um lado, a utilização desta importante ação constitucional e, de outro, o atendimento aos ditames estruturantes da legislação processual de 2015.

V-Conclusão

Em face do exposto, é possível concluir que:

- O legislador de 2015 consagrou um necessário e claro diálogo entre a teoria geral do processo e as normas fundamentais, estabelecendo institutos como a primazia da resolução de mérito, boa-fé processual, celeridade, efetividade e duração razoável do processo, fungibilidade e aproveitamento dos recursos, etc.
- Visando a correta compreensão da aplicação da causa madura, correção da autoridade coatora e julgamento do mérito no *mandamus* mesmo em caso de decadência, é necessário enfrentar as normas fundamentais que dialogam diretamente com estes temas: cooperação (art. 6º, do CPC), primazia de mérito (art. 4º, do CPC), efetividade e celeridade.
- Apesar da divergência interpretativa, entendo que a correção dos obstáculos procedimentais deve ser oportunizada também em relação aos vícios anteriores à entrada em vigor do CPC/15, desde que o recurso seja apreciado após o início de sua vigência, como consagra o Enunciado 574, do FPPC.

- Em caso de cumulação simples de pedidos (art. 327, do CPC/15) resolvidos em única sentença, o efeito devolutivo remete ao conhecimento e julgamento pelo tribunal os *capítulos efetivamente impugnados*, transitando em julgado os autônomos que não foram objeto de irresignação recursal.
- Além das hipóteses de decisão sem resolução de mérito (art. 485 c/c art. 1.013, §3º, I, do CPC/15), o legislador permite que a apelação tenha dois capítulos (*um recursal e outro, como consequência do provimento, de resolução do mérito da demanda*), desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento, nas seguintes hipóteses: a) decretação de nulidade da decisão por ela não ser congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (art. 1.013, §3º, II); b) omissão de exame de um dos pedidos, que poderá ser apreciado pelo órgão colegiado (art. 1.013, §3º, III); c) nulidade por falta de fundamentação (art. 1.013, §3º, III); d) reforma de decisão que reconheça a decadência ou prescrição que poderá provocar o julgamento das demais questões, sem determinar o retorno do feito ao grau de origem (art. 1.013, §4º).
- Estes dispositivos, sem dúvida, aumentam o papel e a importância das decisões de 2º grau. A rigor, também consagram a primazia da resolução do mérito (art. 4º, do CPC), diretamente no Tribunal, sem o desgastante, demorado e desnecessário, retorno ao 1º grau para novo julgamento.
- Não há violação ao princípio do duplo grau de jurisdição a previsão de julgamento imediato do mérito, nos casos ampliados pelo CPC/15, desde que esteja em condições de imediato julgamento.
- Em relação ao procedimento da apelação em MS, nas causas de competência originária de 1ª instância, não se encontra qualquer óbice na aplicação do art. 1.013, §3º, do CPC/15. Assim, em caso de extinção do processo sem resolução de mérito e demais hipóteses deste dispositivo, nada impede que o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal dê provimento ao recurso e, prosseguindo no julgamento, analise o mérito da demanda, com a *concessão ou não da segurança*.
- Enquanto na legislação processual comum a *decadência* é hipótese de resolução de mérito (art. 487, II), no *writ* ela alcança apenas o procedimento (*sem qualquer resolução do mérito da relação material deduzida em juízo*), pelo que a teoria da causa madura deve ser observada, quando for o caso e atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, I, do CPC/15.
- No RMS 26959, apreciado pelo Pleno do STF, foi mantido o entendimento da inaplicabilidade da teoria da causa madura (art. 515, §3º, do CPC/73 e art. 1.013, §3º, do CPC/15).

- Não se vislumbra impedimento para a aplicação da teoria da causa madura no RMS, desde que atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º (*inclusive nos casos de decretação de decadência pelo decurso do prazo de cento e vinte dias*), por várias razões: a) está em consonância com os princípios da celeridade, duração razoável do processo e primazia da resolução de mérito (arts. 4º e 6º, do CPC); b) o procedimento do RMS é semelhante ao da apelação (arts. 32-35 da Lei 8038/90), inclusive no que respeita ao *único juízo de admissibilidade* (art. 1.028, §3º, do CPC); c) o RMS não possui as restrições cognitivas presentes no REsp e RE (como, v.g., *prequestionamento e vedação de análise direito local*); d) a devolução da causa ao Órgão de origem gera maior demora na prestação jurisdicional e continuidade da instabilidade do direito subjetivo debatido no *mandamus*; e) há previsão expressa no CPC/15 pelo cabimento da causa madura ao recurso ordinário (art. 1027, §2º).

- Ora, se o legislador processual de 2015 permite, por exemplo, correção do polo passivo (arts. 338 e 339), manutenção dos atos decisórios proferidos por juízo incompetente (art. 64, §4º), aproveitamento de ação rescisória proposta perante Tribunal incompetente (art. 968, §5º), a ampliação da retratação nos casos de decisão sem resolução de mérito (art. 485, §7º), é razoável defender a possibilidade deste salto de instância no RMS, nos termos no art. 1.027, §2º, do CPC/15, com a consequente resolução do mérito da causa (*denegação ou concessão da segurança*) pelo próprio Tribunal Superior, desde que atendidos os requisitos do art. 1.013, §3º, do CPC/15.

- O erro na indicação da autoridade coatora pode gerar, se alterar a competência Jurisdicional ou se a mesma for vinculada a outra pessoa jurídica de direito público, a extinção do processo (no STJ: AgInt no RMS 51.527/GO, Rel. Ministro Sérgio Kunina, 1ª T, julgado em 18/10/2016, DJe 04/11/2016; AgRg nos EDcl no RMS 45.074/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)⁴⁰ ou a correção pelo próprio Poder Judiciário, inclusive em atendimento ao art. 338, do CPC.

- Sempre que possível e atendendo aos ditames legais (arts. 338 e 339, do CPC), defende-se a possibilidade de correção da autoridade coatora indicada pelo autor, prosseguindo o feito com a sua redistribuição e, em última análise, sendo atendido o princípio da primazia de mérito.

⁴⁰ STJ: AgInt no REsp 1505709/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 19/08/2016; AgRg no RMS 32184/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012; AgRg no RMS 35638/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 24/04/2012; REsp 1637704/AM (decisão monocrática), Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 14/02/2017, DJe 16/02/2017; AREsp 663498/BA (decisão monocrática), Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 28/11/2016, DJe 30/11/2016; REsp 1159634/ES (decisão monocrática), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 09/06/2014, DJe 20/06/2014.

- A extinção do processo em decorrência do erro na indicação da autoridade e alteração de competência é mais um obstáculo formal que deve ser evitado, para que se garanta a análise do mérito do MS, especialmente pelo curto prazo de impetração que, provavelmente, não mais estará presente na nova impetração. Portanto, sempre que possível e atendendo aos ditames legais (arts. 338 e 339, do CPC), defende-se a possibilidade de correção da autoridade coatora indicada pelo autor, prosseguindo o feito com a sua redistribuição e, em última análise, sendo atendido o princípio da primazia de mérito.
- 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 comuns ou mesmo outro mandado de segurança (desde que seja superado o óbice encontrado na primeira demanda e atendido o prazo de 120 dias), inclusive com a garantia estabelecida no Enunciado de Súmula 304, do STF.
- A decadência refere-se apenas ao procedimento mandamental e não veda a propositura de outra demanda contra a fazenda pública, desde que atendido o prazo prescricional.
- Levando em conta que o prazo decadencial está ligado à perda de direito ao procedimento, pode ser resolvido o *mérito direto* do mandado de segurança impetrado fora do prazo de 120 dias.
- Esta conclusão está em consonância com o art. 4º e, mais especificamente, com o art. 488, do CPC, que consagra a resolução de mérito sempre que for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento de natureza processual (art. 485, do CPC). Portanto, o sistema processual permite, *secundum eventum litis*, que seja denegada a segurança mesmo em caso de impetração do MS fora do prazo de 120 dias.

VI- Bibliografia

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória*. Revista de Processo n. 145, março/2007

BOLZANI, Virginia Brodbeck. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro : Aide, 2001

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil*. Revista da Advocef, nov/2015

CAMBI, Eduardo. *Mudando os rumos da apelação : comentário sobre a inclusão, pela Lei 10.352/2001, do §3º ao art. 515 do CPC. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : RT, 2002.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da e DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual*. 13ª edição. Vol 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, 3ª edição, São Paulo :Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *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.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo : RT, 1995.

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

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª edição, São Paulo : RT, 2000.

_____ e 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.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Natureza jurídica do prazo para impetração do mandado de segurança*. Revista de Processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2007

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória : juízos rescindente e rescisório*. São Paulo : Malheiros, 2005.