



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**MARTINA PAIVA NAVARRO MAIURI**

**ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DA ADI 4296: REFLEXOS NO  
REGIME DE TUTELA PROVISÓRIA**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**SÃO PAULO – SP**

**2023**

**MARTINA PAIVA NAVARRO MAIURI**

**ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DA ADI 4296: REFLEXOS NO  
REGIME DE TUTELA PROVISÓRIA**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca avaliadora da Faculdade de  
Direito da Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo, como parte dos requisitos necessários para  
obtenção do título de Graduado em Direito.

Orientador: Prof. Cassio Scarpinella Bueno

**SÃO PAULO – SP**

**2023**

## AGRADECIMENTOS

Meu primeiro agradecimento é a Jesus Cristo, meu salvador, e dono dos meus dias, e à Deus, por ter me proporcionado a oportunidade de poder me formar em Direito, em uma faculdade de prestígio tal como a Pontifícia Universidade Católica, a fim de que o nome Dele seja glorificado em todas as coisas.

Agradeço também à minha avó Mercina, que este ano foi para a glória, aos 92 anos, mas que na década de 70, quebrando todos os paradigmas, foi filha da PUC, e me inspirou na escolha da minha Universidade, e ao meu amado avô Dalton, que apesar de não ter me visto ingressar na graduação, dedicou quase 50 anos lecionando no ensino superior, inspirando a todos ao seu redor sobre o valor da vida acadêmica.

Agradeço aos meus pais, Mauro e Tânia, e à minha irmã Marcella, por todo suporte incondicional e incentivos, me acompanhando de perto em cada etapa da minha graduação, me apoiando e vibrando com todas as minhas conquistas. Obrigada por investirem em meus estudos, e sempre acreditarem em meu potencial, me ensinando uma cultura de excelência e comprometimento. Essa conquista, certamente, é de vocês!

Um agradecimento especial é ao meu noivo, Guilherme, que com seu amor e cumplicidade, tornou os meus dias mais leves, celebrando os dias bons, e me sustentando nos ruins. Nunca imaginei que poderia ser tão abençoada por ter alguém como você do meu lado. Você é a expressão da bondade de Deus na minha vida, e dedico esse momento especial de conclusão de curso a você, e à família que iremos construir.

Gostaria também de agradecer aos meus amigos, que estiveram comigo nessa jornada intensa e nunca me deixaram desistir. Quezia, Matheus, Victor, Tayná, Letícia, Roberta e Beatriz, a parceria de vocês foi indispensável nesta trajetória.

Ao meu orientador, Prof. Cassio Scarpinella Bueno, por ter me auxiliado na elaboração desta pesquisa, e por fim, à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por ter despertado em mim um dos meus maiores interesses: o Direito. Foi através das aulas ministradas por professores exemplares e da vivência no *campus* Monte Alegre que descobri que estava no caminho certo.

Tenho orgulho de dizer que graças ao amor que nasce da Rua Bartira e Rua João Ramalho, hoje meu coração bate *puc puc puc*.

## RESUMO

A declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, que restringe a concessão de medida liminar em mandado de segurança, certamente teve diversos impactos em hipóteses correlatas à sua aplicação. Todavia, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4296 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) despertou o interesse no desenvolvimento de uma análise crítica de seu alcance e dos seus reflexos em outras hipóteses. Ou seja, intenta-se verificar se o quanto decidido vincula outras normas jurídicas similares que vedam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público. Para formular a análise, procedeu-se ao exame do acórdão, além de uma compreensão de conceito a conceito envolvido no caso, afim de identificar a sua respectiva *ratio decidendi*, bem como com o exame da aplicação do mandado de segurança e da tutela provisória.

**Palavras-chave:** ADI 4296. Tutela Provisória. Mandado de Segurança. Reflexos. Liminar.

## ABSTRACT

The declaration of unconstitutionality of art. 7th, § 2nd, of Law no. 12,016/2009, which restricts the granting of an injunction in a writ of mandamus, certainly had several impacts on hypotheses related to its application. However, the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (DAU) 4296 by the Supreme Court (SC) aroused interest in developing a critical analysis of its scope and its effects on other hypotheses. In other words, the aim is to verify whether the decision is binding on other similar legal norms that prohibit the granting of provisional protection against the Public Power. To formulate the analysis, the judgment was examined, in addition to an understanding of concept by concept involved in the case, in order to identify their respective *ratio decidendi*, as well as examining the application of the writ of mandamus and provisional protection.

**Keywords:** ADI 4296. Provisional Guardianship. Writ of Mandamus. Reflexes. Injunction.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	8
1.1. O MANDADO DE SEGURANÇA ENQUANTO MECANISMO PROCESSUAL.....	8
1.2. A NATUREZA DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	10
1.3. A NOVA LEI DE MANDADO DE SEGURANÇA.....	12
1.4. O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	13
2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4296.....	17
2.1. DO ART. 7º, § 2º, DA LEI N. 12.016/2009.....	17
2.1.1. DO ART. 22º, § 2º, DA LEI N. 12.016/2009.....	19
2.1.2. O JULGAMENTO DA ADI 4296.....	23
3. O EFEITO VINCULANTE DO JULGAMENTO DA ADI 4296.....	24
3.1. O <i>RATIO DECIDENDI</i> DE UMA DECISÃO JUDICIAL.....	24
4. O REGIME DA TUTELA PROVISÓRIA.....	27
4.1. TUTELA PROVISÓRIA ENQUANTO INSTITUTO PROCESSUAL.....	27
5. REFLEXOS DO JULGAMENTO DA ADI 4296 NO REGIME DA TUTELA PROVISÓRIA.....	32
6. ANÁLISE CRÍTICA DOS REFLEXOS DO JULGAMENTO DA ADI 4296 NO REGIME DA TUTELA PROVISÓRIA .....	39
7. CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	41



## Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso tem como intuito expor, discutir e realizar uma análise crítica sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4296, que reviu orientação jurisprudencial tradicional sobre a matéria das restrições das hipóteses de concessão de medida liminar no mandado de segurança. Ademais, e de uma perspectiva mais específica, será palco do estudo os reflexos da inconstitucionalidade das normas constantes da Lei 12.016/2009, que restringiam a concessão de medida liminar, precisamente em relação ao art. 7º, §2º, assegurando-se, pois, a possibilidade de concessão de medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Em outras palavras, o presente estudo possui como objetivo geral viabilizar um exame crítico e adequado que busque algum grau de objetividade e previsibilidade a respeito das consequências derivadas do julgamento da ADI 4296 pelo STF em relação à disciplina da tutela provisória requerida em face do Poder Público. O trecho exposto a seguir, da obra do Professor Doutror Cassio Scarpinella, representa bem algumas dessas consequências:

“O art. 1.059 do CPC também determina a aplicação das vedações constantes do § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, a lei que disciplina infraconstitucionalmente o mandado de segurança, para as hipóteses em que o particular valer-se de outros meios jurisdicionais para reclamar seus direitos em face do Poder Público.

Assim é que é vedada a tutela provisória requerida em face do Poder Público quando ela objetivar a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Trata-se de dispositivo que consolida a (injustificável) tendência de as leis brasileiras estrangularem os mecanismos de tutela jurisdicional eficazes contra atos do Poder Público, especialmente verdadeira para o mandado de segurança.

Como o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.296/DF, é correto concluir que as vedações lá estabelecidas, mesmo quando os direitos materiais respectivos forem questionados em juízo fora do ambiente do mandado de segurança, são igualmente inconstitucionais<sup>247</sup>. A razão é uma só: colidência (textual, até mesmo, com a amplitude do art. 5º, XXXV, da CF).<sup>1</sup>

A importância no desenvolvimento da pesquisa está na análise da eficácia

---

<sup>1</sup> Manual do poder público em juízo. p. 146.

vinculante da referida decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido em questionar se esta se restringe à apenas às medidas liminares em mandados de segurança, ou se a mesma se estende também normas similares que vedem a concessão de tutela provisória contra o Poder Público.

## 1. Lei do Mandado de Segurança

### 1.1. O Mandado de Segurança enquanto mecanismo processual

De início, antes de adentrar nas especificidades de que tratou, efetivamente, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em tela, cumpre explicitar o que engloba, na totalidade, o seu objeto, isto é, a Lei do Mandado de Segurança.

O Mandado de Segurança tem como origem principal a previsão constitucional original do *habeas corpus* no Brasil, este que, historicamente ou no direito comparado, sempre foi um remédio para as ofensas à liberdade de ir, vir e permanecer, conforme desenhado pela Constituição Republicana de 1891 (art. 72, § 22º):

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Coube à Constituição de 1934 a criação do Mandado de Segurança no ordenamento jurídico brasileiro, ao prever que (Art. 113, n. 33):

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

E em 1936, o Mandado de Segurança ganhou regulamentação própria pela Lei n. 191, que repetia os pressupostos constitucionais já no seu art. 1º. O que diferenciou em essência os dois institutos, isto é, o *habeas corpus* do mandado de segurança, além da nomenclatura e do alcance de proteção, foram justamente esses pressupostos para seu conhecimento (antes do mérito) e dação (no mérito).<sup>2</sup>

O *habeas corpus* de 1934 tinha de ser conhecido nos casos em que ficasse demonstrado ato de violência ou coação por parte do Estado. Em nível constitucional, foi alçado como remédio de ação negativa contra o Estado. A própria expressão *ilegalidade*, na

---

<sup>2</sup> Mandado de segurança: teoria e prática. p. 37.

previsão da extinta Carta Magana, vinha acompanhada da expressão *abuso de poder*, típica dos atos de exercício irregular do poder por parte de autoridades estatais. Factível se faz a conclusão, portanto, que havendo ato de autoridade com coação e violência de carácter ilegal, ou praticado com abuso de poder, o *habeas corpus* deveria ser concedido. Portanto, observa-se que são seus pressupostos:

- (i) ato;
- (ii) ato de autoridade;
- (iii) violência ou coação;
- (iv) ilegalidade ou abuso de poder.

Continuamente, o Mandado de Segurança na previsão legal de 1934 apresentava pressupostos semelhantes, mas com rigor maior para o seu conhecimento. O Mandado de Segurança, portanto, por sua vez, tinha de ser conhecido se houvesse ato, vindo de qualquer autoridade, havendo direito certo e incontestável, e devendo ser dado se o ato fosse manifestamente inconstitucional ou ilegal.

São, assim, pressupostos originais do Mandado de Segurança:

- (i) ato;
- (ii) ato de autoridade;
- (iii) direito certo e incontestável;
- (iv) ilegalidade ou manifesta inconstitucionalidade.

A Lei nº 191, de janeiro de 1936, disciplinou o processo do Mandado de Segurança, aclarando que em seu campo de atuação não se incluíam as questões puramente políticas, os atos disciplinares, a liberdade de locomoção e os atos impugnáveis por recurso administrativo, independentemente de caução, fiança ou depósito.

Em seguida, a Constituição de 1937 não contemplou, em seu bojo, o Mandado de Segurança, relegando-o ao plano da legislação ordinária. O Decreto-Lei nº 6, de novembro de 1937, retratando o regime ditatorial implantado a época, vedou o Mandado de Segurança contra atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e interventores.

O Código de Processo Civil de 1939, por sua vez, previu, entre os procedimentos especiais, o do Mandado de Segurança (arts. 319 a 331)<sup>3</sup>. O status constitucional do Mandado

---

<sup>3</sup> Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

§ 1º Quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança.

de Segurança foi reconquistado apenas alguns anos depois, mediante Carta Democrática de 1946. A Lei nº 1.533, de novembro de 1951, revogou os dispositivos do CPC, cuidando em disciplina extravagante, de maneira ampla, do regime do Mandado de Segurança, tanto formal como materialmente.

A Lei nº 1.533 vigorou até 2009, com poucas alterações pontuais, quando adveio a Lei nº 12.016, de agosto de 2009, em vigor até o presente momento. Nesse meio tempo, surgiu a Constituição de 1967, seguida pela Emenda nº 1, de 1969, restando mantido o caráter constitucional do Mandado de Segurança restabelecido em 1946. A redemocratização do País, operada pela Constituição de 1988, não alterou esse regime.

Em resumo, o art. 141, § 24, da Constituição de 1946, falava em proteção a “*direito líquido e certo não amparado por habeas corpus*”, excluindo, assim, a antiga exigência de inconstitucionalidade e de ilegalidade manifestas, como requisito do mandado de segurança. A Constituição de 1967, por sua vez, falava em proteção de “*direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus*” (art. 153, § 21).

A Emenda nº 1, de 1969, excluiu a expressão “*individual*”, de maneira a restabelecer a conceituação da Carta de 1946, e a Constituição de 1988 inovou em três pontos o regime do Mandado de Segurança: a) permitiu sua impetração também contra atos de agentes de pessoa jurídica privada nas funções do Poder Público (art. 5º, LXIX); b) admitiu a impetração coletiva (art. 5º, LXX), além da individual; e c) reconheceu que a tutela mandamental tanto pode ser invocada para a proteção de direitos individuais como de direitos coletivos (art. 5º, LXIX, c/c o inc. XXXV).

Por fim, a Lei nº 12.016 teve o propósito de unificar a regulamentação do Mandado de Segurança, levando em conta as diversas inovações legislativas supervenientes, tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, bem como a necessidade de incorporar ao ordenamento jurídico positivo as teses consagradas pela jurisprudência sedimentada em súmulas dos tribunais. Essa nova lei, então, revogou a Lei nº 1.533 e toda a legislação que, desde a época da Constituição de 1946, vinha regendo o acesso ao mandado de segurança.<sup>4</sup>

## **1.2. A natureza da ação de Mandado de Segurança**

---

§ 2º Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e das pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação.

§ 3º Caberá o mandado de segurança contra quem executar, mandar ou tentar executar o ato lesivo.

<sup>4</sup> Lei do Mandado de Segurança Comentada, 2ª edição p. 6.

Segundo, pois, a teoria geral do processo, o Mandado de Segurança, na atualidade, não enseja dúvida quanto à sua natureza processual: trata-se de uma ação de conhecimento, sujeita a rito especial, adquirindo de PONTES DE MIRANDA<sup>5</sup> a qualificação de mandamental, por ensejar a expedição de *“uma ordem ou comando à autoridade pública e à pessoa jurídica interessada”*. Essa peculiaridade, todavia, não lhe retira a natureza, ora de ação constitutiva, ora declaratória, ora condenatória, conforme o seu conteúdo.

Em se tratando de ação de conhecimento, *“nela pode a parte autora pedir que o órgão jurisdicional condene a outra a um fazer ou a um abster-se (ação condenatória), crie, modifique ou extinga uma relação jurídica (ação constitutiva), declare que ocorreu ou não um fato, ou que um documento é ou não autêntico (ação simplesmente declaratória – CPC, art. 4º), ou ordene à outra parte que realize uma certa conduta, devendo esta empreender especificamente o que lhe foi determinado (ação mandamental)”*.<sup>6</sup>

Em suma:

a) No plano constitucional, *“o mandado de segurança está inserido no rol das garantias constitucionais fundamentais específicas, exercendo, ao lado do habeas corpus, do habeas data, do mandado de injunção, da ação civil pública, da ação popular, do dissídio coletivo etc., uma função extremamente importante para a proteção e efetivação dos direitos, especialmente os constitucionais, no Brasil”*;<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. VIII, p. 206; BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança, cit., p. 45.

<sup>6</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09). São Paulo: Dialética, 2009. n° 2, p. 16 (o art. 4º citado pelo autor é do CPC/1973, correspondente ao art. 19 do CPC/2015). Entende o autor que, “tocante às quatro modalidades de ação de conhecimento – condenatória, constitutiva, declaratória ou mandamental –, o mandado de segurança pode assumir feições combinadas de ação condenatória e mandamental ou constitutiva e mandamental, podendo também ser exclusivamente mandamental. Prepondera, todavia, no mandado de segurança, o caráter de ação mandamental, exatamente porque lhe é inerente que a autoridade apontada como coatora, em caso de procedência do mandado de segurança, deva atender precisamente ao que na sentença lhe for determinado” (Op. cit., p. 17-18). A sentença é vista como mandamental pela circunstância de o comando judicial exigir cumprimento imediato sem depender de “processo de execução ex intervallo” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 302; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed. atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I, p. 111). O fato, porém, de, no caso da ação mandamental, dispensar-se a ação de execução, não retira à sua sentença o caráter condenatório, “até porque toda sentença em que haja uma ordem é condenatória a uma conduta” (PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. Mandado de segurança e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30). O que varia, na espécie, é apenas a forma de executar o comando sentencial, e não a essência do provimento. A mandamentalidade, portanto, é eficácia que se passa no plano executivo, não no da substância da sentença. Dessa maneira, a ação de segurança, por ser mandamental, não deixa de produzir condenação em sua sentença.

<sup>7</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, et al. Mandado de segurança, cit., p. 46.

b) No plano processual, “o provimento no mandado de segurança poderá ser condenatório, declaratório ou constitutivo, conforme o caso; porém, no plano da eficácia, o seu provimento concessivo da segurança pretendida será sempre mandamental”, ou seja: importará na expedição de ordem “para a prática ou abstenção de determinado comportamento por parte da autoridade coatora e do órgão por ela defendido”.<sup>8</sup>

### **1.3. A Nova Lei do Mandado de Segurança**

O Mandado de Segurança é uma instituição jurídica, e, como tal, há de ser conceituado e analisado, a partir dos dados constantes da norma legal, isto é, da Lei nº 12.016/2009. De seu art. 1º, é possível extrair sua conceituação, sua natureza jurídica, sua função, seus requisitos de validade e eficácia, bem como seus elementos essenciais objetivos e subjetivos.

Embora o estatuto legal básico da ação mandamental se concentre na Lei nº 12.016/2009, subsidiariamente, se aplica a disciplina geral constante do Código de Processo Civil.

Mandado de Segurança é, portanto, o remédio processual constitucional, manejável contra ato de qualquer autoridade pública, que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (CF, art. 5º LXIX).

Como o *habeas corpus* assegura a liberdade pessoal (direito de ir e vir) (CF, art. 5º, LXVIII) e o *habeas data*, a possibilidade de conhecer e controlar as informações pessoais constantes de arquivos públicos (CF, art. 5º, LXXII), conclui-se que o alcance do Mandado de Segurança é o mais amplo possível, compreendendo todo e qualquer direito subjetivo que, não alcançado pelos dois remédios já mencionados, se enquadre na configuração de direito líquido e certo.

Trata-se, dentro da função constitucional a que se acha destinado a cumprir, não de singelo procedimento de jurisdição especial contenciosa, mas, por força do art. 5º, inc. LXIX, da Carta Política, é ele verdadeira garantia fundamental, de modo que a prerrogativa de manejá-lo equipara-se aos mais importantes direitos do homem reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito, a exemplo da vida, liberdade, igualdade, intimidade e liberdade de expressão.

Por meio da declaração constitucional, proclama-se o direito fundamental do homem de não ser violado em sua esfera jurídica pelos agentes do Poder Público, ao mesmo tempo em

---

<sup>8</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, et al. Mandado de segurança, cit., p. 46.

que se institui uma garantia especialíssima para blindá-lo contra as ilegalidades e abusos de poder praticados em nome do Estado.

A garantia do Mandado de Segurança é, a um só tempo, um direito cívico dos cidadãos em sentido lato e um limite dos poderes conferidos aos agentes estatais.

Embora seja o Mandado de Segurança, do ponto de vista funcional, um procedimento especial para o exercício do direito de ação (direito à tutela jurisdicional devida pelo Poder Judiciário), não fica o titular do direito líquido e certo sujeito a fazer uso apenas dele, para a defesa do direito lesado ou ameaçado pela autoridade pública. Cabe-lhe a faculdade de postular a tutela jurisdicional pela via expedita do Mandado de Segurança ou, pelo procedimento civil comum, segundo as próprias conveniências.

A disciplina procedimental específica do mandado de segurança consta da Lei nº 12.016, de 07.08.2009, que revogou a Lei nº 1.533, de 31.12.1951, e toda a legislação que, desde a época da Constituição de 1946, vinha regendo o acesso a esse remédio processual.

#### **1.4. O Mandado de Segurança Coletivo**

Dentro da linha de economia processual e da tutela aos direitos coletivos ou de grupo, o Mandado de Segurança, segundo a Constituição de 1988, pode ser manejado não só singularmente, mas também de forma coletiva. O regime processual do Mandado de Segurança coletivo, previsto na Constituição entre os direitos fundamentais, acha-se regulado pela Lei nº 12.016, em seus arts. 21 e 22.

Portanto, não se trata de mero “remédio para defesa de interesses coletivos”. Baseando-se na liquidez e certeza do direito ofendido pelo abuso de autoridade, é preciso que o *writ* coletivo se volte para a tutela de concretos direitos subjetivos, demonstráveis por prova pré-constituída, ainda que pertençam a grupos ou categorias de pessoas e se apresentem como *transindividuais* e indivisíveis (Lei nº 12.016, art. 21, parágrafo único). É, assim, uma “*espécie de Mandado de Segurança, voltado à tutela de direito transindividual líquido e certo violado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou de quem exerça função pública*”.<sup>9</sup>

Todavia, cumpre mencionar que o Mandado de Segurança coletivo não se enquadra como ação na qual o ente coletivo possa utilizar para demandar na defesa individual de um ou outro membro ou associado. O objeto de Mandado de Segurança coletivo deve, necessariamente, corresponder a direito que pertença a uma coletividade ou categoria

---

<sup>9</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013, p. 351.

representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (CF, art. 5º, LXX, a e b), embora não se exija que a tutela envolva sempre a totalidade da categoria ou do grupo (Lei nº 12.016, art. 21, *caput*).

Posto isso, compreende-se que o Mandado de Segurança coletivo é, em suma, o mesmo Mandado de Segurança concebido primitivamente para a proteção dos direitos individuais. Só que, na perspectiva da tutela coletiva, visa a proteger os direitos individuais que sejam comuns a toda uma coletividade, por meio de instituição de uma legitimação anômala atribuída a entidades que possam pleitear, em nome próprio, a defesa de direito de outrem. O caso é, nessa ordem, uma substituição processual (CPC/2015, art. 18, *in fine*). Atende-se, também, ao princípio da economia processual, resolvendo numa única decisão um grande número de pretensões individuais.

Segundo o parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016, os direitos protegidos pelo Mandado de Segurança coletivo são os coletivos e os individuais homogêneos, o que, dessa maneira, o aproxima do mesmo gênero a que pertencem a ação civil pública, a ação popular e a ação coletiva de defesa dos consumidores.

A Lei nº 8.078, de setembro de 1990, isto é, o Código de Defesa do Consumidor, distingue os direitos coletivos dos direitos difusos.

Ambas as categorias representam direitos *transindividuais* e indivisíveis. Mas, enquanto os coletivos pertencem a um grupo determinado de pessoas que mantêm uma “*relação jurídica básica*” com a parte contrária, os difusos pertencem, indistintamente, a toda a comunidade, ou a uma porção anônima dela, formada de pessoas indeterminadas e ligadas apenas por circunstâncias de fato.

A Lei nº 12.016, ao definir o Mandado de Segurança coletivo, limitou o seu objeto à proteção apenas dos direitos coletivos, não se estendendo aos direitos difusos, isto por entender que, sem uma relação jurídica básica bem definida a unir a coletividade à autoridade coatora, dificultoso seria submeter os direitos difusos à exigência constitucional de liquidez e certeza de que se deve obrigatoriamente revestir o direito subjetivo tutelado pelo mandado de segurança.

Com efeito, nascendo de puras circunstâncias de fato, sem uma predeterminada e específica relação jurídica a unir os sujeitos ativos e passivos, seria sempre muito difícil à entidade impetrante do mandado de segurança coletivo apresentar a prova documental pré-constituída indispensável à propositura das ações mandamentais.

A vedação da utilização do Mandado de Segurança para a tutela de interesses difusos parte de um pressuposto proclamado por vários doutrinadores, qual seja, o de que “*é incabível assegurar um direito subjetivo líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas*”.

Além disso, há corrente doutrinária e jurisprudencial defendendo que a Lei nº 12.016 não teve força de reduzir a dimensão constitucional do mandado coletivo, de sorte que sua aplicação à tutela dos direitos difusos seria irrecusável, desde que demonstrada sua liquidez e certeza.

Ademais, os direitos difusos contam com a tutela do Ministério Público, que os defende, com eficiência, por meio do inquérito civil e da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985). Essa tutela talvez tenha sido considerada pela Lei nº 12.016 como adequada e suficiente para a defesa particular, modalidade de direito *transindividual*. Por isso não os incluiu no âmbito do Mandado de Segurança coletivo.

A Constituição, ao conceber o Mandado de Segurança coletivo, não criou regras que fossem diversas daquelas antes estabelecidas para o mandado individual, a não ser no tocante à legitimação ativa. Portanto, ao estatuir norma puramente processual, ligada a uma condição da ação – *legitimatío ad causam* –, o dispositivo constitucional (inc. LXX, do art. 5º) deixou claro que os requisitos de direito material e as demais exigências de ordem processual reclamados para o Mandado de Segurança individual “*devem estar igualmente presentes na hipótese de mandado de segurança coletivo, referindo-se, o inc. LXIX, tanto a uma como a outra modalidades*”.<sup>10</sup>

Em consonância, pois, com o requisito básico do inc. LXIX do art. 5º da CF, não será qualquer direito coletivo que recairá sob a tutela do Mandado de Segurança coletivo, mas apenas aqueles que se qualificarem como líquidos e certos. Daí a previsão do art. 21 da Lei nº 12.016 de que o Mandado de Segurança coletivo, observada a legitimação especial definida na Constituição, será impetrado por entidade associativa:

- a) em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou parte, dos respectivos membros ou associados, na forma de seus estatutos;
- b) desde que sejam pertinentes às finalidades do ente associativo legitimado.

Tratando-se, pois, de Mandado de Segurança, individual ou coletivo, é indispensável a liquidez e certeza do direito do impetrante, em função da sumariedade com que o *writ* é

---

<sup>10</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/09. Revista Forense, vol. 409, p. 222, maio-jun. 2010. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 30.

processado, não havendo, em seu curso, dilação probatória. Em outros termos, para a utilização do Mandado de Segurança coletivo, a exigência é a mesma do Mandado de Segurança individual: “*a existência de prova documental exauriente acostada à petição inicial*”.<sup>11</sup>

Além disso, é pressuposto da admissibilidade do Mandado de Segurança coletivo que:

- a) o direito a tutelar seja coletivo ou individual homogêneo (Lei nº 12.016, art. 21, parágrafo único); e
- b) esteja sendo lesado ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder por ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (CF, art. 5º, LXIX; Lei nº 12.016, art. 1º, *caput* e § 1º).

Em síntese, os requisitos do Mandado de Segurança coletivo são definidos a partir da constatação de que “*a Constituição, ao criar a figura do mandado de segurança coletivo, inovou apenas quanto à legitimidade, de tal sorte que o ‘mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança do inc. LXIX do art. 5º da CF/88, somado à peculiaridade de que a legitimitio ad processum para sua impetração é conferida a entidades e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, isto é, com uma legitimação não individual para a causa. Assim, os demais requisitos para o cabimento do mandado de segurança coletivo são os mesmos que aqueles exigidos para o cabimento do mandado de segurança individual*”.<sup>12</sup>

O Mandado de Segurança coletivo é um dos instrumentos previstos constitucionalmente para proporcionar a tutela jurisdicional coletiva, ao lado da ação popular, da ação civil pública e da ação coletiva de defesa do consumidor.

Diversamente do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a tutela para “interesses ou direitos” difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a Lei nº 12.016 destina a proteção do Mandado de Segurança coletivo aos “direitos coletivos” e aos “direitos individuais homogêneos”, evitando falar em tutela de interesses, uma vez que após a normatização dos direitos coletivos, não há mais razão para tratar como entidades distintas os direitos e os interesses coletivos.

Quando, pois, a legislação consumerista fala em direitos ou interesses coletivos, emprega as duas expressões como sinônimos, à luz da moderna concepção que transformou

---

<sup>11</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. Op. cit., p. 223.

<sup>12</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. Op. cit., p. 223.

os antigos interesses coletivos em direitos coletivos, colocando-os de permeio aos direitos privados e aos direitos públicos.

Correta, nesse enfoque, a Lei nº 12.016/2009, quando, ao identificar o objeto do Mandado de Segurança coletivo, abstém-se de falar em direitos ou interesses, para tratar o bem jurídico tutelado, *in casu*, apenas como os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos (art. 21, parágrafo único, I e II). A visão do novo diploma legal é mais simples e mais consentânea com a perspectiva em que se coloca a tutela jurisdicional coletiva de nosso tempo.

## **2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4296**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.296, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, possuía como objeto e pretensão o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinados dispositivos da Lei n. 12.016/2009, sendo estes os art. 1º, § 2º; art. 7º, III e § 2º; art. 22, § 2º, art. 23 e art. 25, ou ao menos que *fosse conferida interpretação conforme à Constituição Federal 1988, de modo a impedir seja esvaziado o direito e a garantia fundamental do mandado de segurança, na sua máxima eficácia, evitando-se que seja ele medida inócua à proteção dos jurisdicionados contra atos ilegais ou abusivos advindos de autoridade pública.*

Dos dispositivos então questionados, houve maioria no Plenário do STF para declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, e do art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

### **2.1. Do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009**

O § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 vedava a concessão de medida liminar cujo objetivo fosse a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Idêntica vedação já se encontrava no art. 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/199215 para a compensação tributária; no art. 5º da Lei n. 4.348/1964 para os servidores públicos<sup>16</sup>; e no art. 3º, “a”, da Lei n. 2.410/195517e art. 1º, *caput*, da Lei n. 2.770/195618 para a liberação de mercadorias provenientes do exterior.

Convém também registrar que a jurisprudência anterior à Lei nº 12.016 já estava consolidada no sentido de que “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória” (STJ – Súmula nº 212). E

as demais vedações já eram objeto de previsões legais, que apenas foram consolidadas pela lei atual.

Ressalta-se que a vedação de compensação tributária afeta apenas a medida liminar (STJ – Súmula nº 212), o que não impede vir a compensação a ser declarada ou autorizada pela sentença do mandado de segurança. Nesse sentido é a jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça: “*o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*” (STJ – Súmula nº 213).<sup>13</sup>

O que, com efeito, é incompatível com a liminar é a antecipação de tutela para, *in limine litis*, declarar a extinção do crédito tributário, com base em cognição sumária do direito do impetrante à compensação.

Diversa é a liminar em que se pede reconhecimento de que certos débitos podem ser compensados, e como e quando essa compensação haverá de ser feita, segundo a lei aplicável à espécie. O que importa não é negar, pura e simplesmente, a compensação em liminar do Mandado de Segurança. Na verdade, a vedação que veio da Súmula nº 212, e foi incorporada pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, deve ser interpretada da seguinte maneira:

“A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar de cunho satisfativo que pretenda extinguir o crédito tributário. Este crédito não se extingue, porque a extinção seria um efeito insuscetível de antecipação, por ser jurídica”.<sup>14</sup>

No entanto, nada impede que a liminar assegure e garanta, na ação de Mandado de Segurança, “*o direito de que a legislação seja cumprida, reservando-se expressamente à autoridade fazendária o direito, também inalienável, de fiscalizar se a compensação será*

---

<sup>13</sup> As Súmulas nº 212 e 213 mereceram interpretação adequada de JAMES MARINS: (i) “O que o Superior Tribunal de Justiça diz, na Súmula nº 212, é, em última análise, o seguinte: em cognição sumária o juiz não pode aferir liquidez de crédito oriundo de débito tributário, isto é, que o pedido que se pode fazer em mandado de segurança que visa à compensação de crédito tributário só pode dizer respeito ao reconhecimento do direito *in natura* do contribuinte à compensação, eventualmente com o expurgo de normas infralegais incompatíveis com as normas legais que angustiem o direito à compensação, desde cláusulas de correção monetária, por exemplo, ou condicionamentos incompatíveis com a legislação, em específico, do regime da Lei 8.383/91”. (ii) Uma vez que a Súmula nº 213 do STJ afirma ser o mandado de segurança “*ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*”, o que se quer dizer com a Súmula nº 212 é que a liminar não pode assumir “*caráter satisfativo e antecipativo de um efeito jurídico da sentença*”. Ou seja: “*Sendo a compensação meio de extinção do crédito tributário de natureza inquestionavelmente satisfativo, não pode ser reconhecida em medida liminar*” (MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 524-525).

<sup>14</sup> MARINS, James. *Op. cit.*, p. 525.

*efetuada adequadamente*”. Pode, ainda, o juiz, na liminar, “*dizer quais são índices aplicáveis*” ou quais são as normas jurídicas tributárias invocadas ou criadas pela Fazenda que são “*incompatíveis com sistema jurídico, por exemplo*”.<sup>15</sup>

Em conclusão, a norma que emerge das Súmulas nºs 212 e 213, bem como do § 2º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, não impede que o regime jurídico da compensação tributária seja tratado em medida liminar em Mandado de Segurança. O que não é compatível com medida de antecipação de tutela é o decreto sumário de extinção de crédito tributário em decisão liminar. Esta, contudo, poderá, se necessário, decidir como essa compensação será feita, dentro do procedimento administrativo adequado.

Estabelece, outrossim, o § 5º do art. 7º da Lei nº 12.016 que as vedações estabelecidas para a concessão de liminares de Mandado de Segurança aplicam-se também à tutela antecipada a que se referem os arts. 300 e 497 do Código de Processo Civil/2015. Não havia necessidade de semelhante dispositivo, porque a mesma vedação já constava do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que não se incluiu entre as revogações previstas no art. 29 da Lei nº 12.016. O que, afinal, pretendeu a nova lei foi deixar claro que aquilo que não se permite alcançar pela liminar do Mandado de Segurança também não poderá ser pleiteado sob a forma de tutela antecipada, nos moldes da legislação processual comum.

## **2.2. Do art. 22º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009**

Já de acordo com o § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009, a liminar em Mandado de Segurança coletivo só poderia ser concedida após a oitiva do representante judicial da pessoa de direito público no prazo de 72 horas. A regra encontra correspondência no art. 2º da Lei n. 8.437/1992.

A medida liminar no Mandado de Segurança coletivo sujeita-se aos mesmos requisitos previstos na regulamentação do Mandado de Segurança individual, quais sejam, a relevância dos fundamentos da impetração e o risco de ineficácia da segurança caso tenha de aguardar-se o seu deferimento em sentença (Lei nº 12.016, art. 7º, II).<sup>16</sup>

No entanto, a Lei nº 12.016 só permite ao juiz, em segurança coletiva, suspender os efeitos do ato impugnado, depois de ensejar oportunidade à pessoa jurídica impetrada de manifestar-se em 72 horas. A medida de urgência não é vedada, mas não deve ser deferida *inaudita altera parte*.

---

<sup>15</sup> MARINS, James. Op. cit., *loc.cit*

<sup>16</sup> REMÉDIO, José Antônio. Mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 583.

Uma vez que se veda a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo sem prévia audiência da pessoa jurídica de direito público interessada, o juiz, diante de pleito da espécie, determinará, no despacho da inicial, dois atos intimatórios distintos: (i) a notificação da autoridade coatora para prestar as informações que lhe competem, em dez dias; e (ii): a intimação do representante judicial da pessoa jurídica interessada, para que se manifeste em 72 horas, acerca da liminar requerida.

Os destinatários e prazos das duas diligências são diferentes: uma se volta contra o agente responsável pelo ato impugnado (a autoridade coatora), e a outra contra a pessoa jurídica de direito público à qual se acha vinculado o autor do ato questionado. Sobre a liminar, a intimação recairá sobre o procurador ou outro órgão que legalmente exerça a representação da pessoa jurídica em juízo.

Ressalte-se que a prévia audiência imposta pelo art. 22, § 2º, da Lei nº 12.016 somente diz respeito às pessoas jurídicas de direito público. Quando, portanto, o Mandado de Segurança for impetrado contra ato de pessoa natural ou agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de serviços concedidos pelo Poder Público, o deferimento da liminar não ficará sujeito à diligência em tela, mesmo que a ação mandamental seja coletiva. A deliberação judicial, *in casu*, poderá ocorrer inaudita altera parte, conforme previsto na regra geral do art. 7º, III, da Lei nº 12.016.<sup>17</sup>

Embora a disposição legal seja rigorosa na exigência de prévia audiência da pessoa jurídica de direito público para se obter a liminar, a jurisprudência, já antes da Lei nº 12.016, vinha relativizando sua aplicação – que decorria, então, de imposição legal antiga –, para que o juiz, diante das características do caso concreto, pudesse suspender o ato impugnado sem aguardar dita manifestação. Com efeito, na concepção da efetividade da tutela jurisdicional e da plenitude da garantia constitucional do Mandado de Segurança, não se deve apegar a exigências, ainda que legais, que possam reduzir ou anular a tutela dos direitos fundamentais. Quando, pois, o direito líquido e certo estiver sob risco imediato, e o dano dele oriundo não puder ser remediado pela tardia medida cautelar, não há outra saída senão a de deferir de pronto a liminar, afastando-se momentaneamente a regra do art. 22, § 2º, da Lei nº 12.016, em

---

<sup>17</sup> A exigência do § 2º do art. 22 só se refere a pessoa jurídica de direito público, “que não inclui as pessoas jurídicas privadas no exercício de atribuições do poder público” (CARREIRA ALVIM, J. E. Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança, cit., p. 346). Também PAULO OSTERNACK AMARAL e RICARDO ALEXANDRE DA SILVA entendem que “A exigência da audiência prévia à apreciação de medidas urgentes restringe-se aos mandados de segurança impetrados contra ato de pessoa jurídica de direito público e pode ser mitigada ou afastada de acordo com as circunstâncias do caso concreto” (Mandado de segurança coletivo, cit., p. 103).

nome dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que já fez, por exemplo, o STJ em caso de repressão inadiável a improbidade administrativa.<sup>18</sup>

A exigência de que a concessão de liminar no Mandado de Segurança coletivo seja antecedida de audiência da autoridade coatora (Lei nº 12.016, art. 22, § 2º) se justifica pelo interesse público, ampliado, na espécie, pelos largos reflexos que a liminar pode provocar, pela natureza mesma dos direitos coletivos, sobre o exercício das funções do Poder Público.<sup>19</sup>

A suspensão cautelar da medida liminar, pelo Presidente do Tribunal Superior do órgão que a concedeu (Lei nº 12.016, art. 15), é cabível no processo do Mandado de Segurança coletivo, se o cumprimento da medida “*gerar o comprometimento ou a suspensão de serviço essencial da comunidade, com vulneração da ordem pública e prejuízo direto do interesse comunitário, interesse esse que deverá prevalecer em confronto com o interesse particular*”, como já decidiu o TJ de São Paulo.<sup>20</sup>

### 2.3. O Julgamento da ADI 4296

Conforme demonstrado, ambos os dispositivos foram questionados porque, de alguma forma, mostraram-se aptos a comprometer a concessão da liminar em Mandado de Segurança no âmbito individual ou no coletivo, tanto quanto se deu com relação ao inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, cujo pronunciamento de inconstitucionalidade não reuniu a maioria dos Ministros votantes. Válida se faz uma análise, voto à voto, da ementa do caso:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, §2º, 7º, III E §2º, 22, §2º, 23 E 25, DA LEI DO MANDADO DE

---

<sup>18</sup> STJ, 2ª T., REsp 1.018.614/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 17.06.2008, DJe 06.08.2008. Também em doutrina defende-se igual tese: “Admitir o contrário, com uma natureza absoluta para a limitação, restaria violado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXV, da CF/1988)” (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. Op. cit., 2015, p. 268. Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança, cit., p. 391-393; BUENO, Cássio Scarpinella. A nova Lei do Mandado de Segurança, cit., p. 182-183; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de (coord.), et al. Mandado de segurança individual e coletivo, cit., p. 176; STF, Pleno, Pet. 2.066 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 19.10.2000, DJU 28.02.2003, p. 7).

<sup>19</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e FAVRETO, Rogério. Op. cit., p. 268. Em face de tal exigência, que não é nova, pois já constava da Lei nº 8.437/1992 (art. 2º), o STJ tem considerado nula a liminar deferida na ação coletiva sem audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público afetada (STJ, 2ª T., REsp 220.082/GO, Rel. Min. João Otávio Noronha, ac. 17.05.2005, DJU 20.06.2005, p. 182). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 667.939/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 20.03.2007, DJe 13.08.2007. Essa mesma Corte, porém, já decidiu pela mitigação da exigência: “a jurisprudência do STJ tem mitigado, em hipóteses excepcionais, a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público nos casos em que presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ” (STJ, 2ª T., REsp. 1.018.614/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 17.06.2008, DJe 06.08.2008).

<sup>20</sup> REMÉDIO, José Antônio. Mandado de segurança, cit., p. 584.

SEGURANÇA (LEI 12.016/2009). ALEGADAS LIMITAÇÕES À UTILIZAÇÃO DESSA AÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, XXXV E LXIX, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO CABIMENTO DO “WRIT” CONTRA ATOS DE GESTÃO COMERCIAL DE ENTES PÚBLICOS, PRATICADOS NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA, ANTE A SUA NATUREZA ESSENCIALMENTE PRIVADA. EXCEPCIONALIDADE QUE DECORRE DO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE O JUIZ EXIGIR CONTRACAUTELA PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. MERA FACULDADE INERENTE AO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA, QUANTO A ESSE ASPECTO, DE LIMITAÇÃO AO JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO E DA PREVISÃO DE INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE LIMINAR EM RELAÇÃO A DETERMINADOS OBJETOS. CONDICIONAMENTO DO PROVIMENTO CAUTELAR, NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, À PRÉVIA OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE A LEI CRIAR ÓBICES OU VEDAÇÕES ABSOLUTAS AO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CAUTELARIDADE ÍNSITA À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RESTRIÇÃO À PRÓPRIA EFICÁCIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. PREVISÕES LEGAIS EVADAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O mandado de segurança é cabível apenas contra atos praticados no desempenho de atribuições do Poder Público, consoante expressamente estabelece o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal. Atos de gestão puramente comercial desempenhados por entes públicos na exploração de atividade econômica se destinam à satisfação de seus interesses privados, submetendo-os a regime jurídico próprio das empresas privadas.

2. No exercício do poder geral de cautela, tem o juiz a faculdade de exigir contracautelela para o deferimento de medida liminar, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Razoabilidade da medida que não obsta o juízo de cognição sumária do magistrado.

3. Jurisprudência pacífica da CORTE no sentido da constitucionalidade de lei que fixa prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança (Súmula 632/STF) e que estabelece o não cabimento de condenação em honorários de sucumbência (Súmula 512/STF).

4. A cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela.

5. Ação julgada parcialmente procedente, apenas para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 7º, §2º, e 22º, §2º, da Lei 12.016/2009, reconhecendo-se a constitucionalidade dos arts. 1º, § 2º; 7º, III; 23 e 25 dessa mesma lei.

O voto do relator originário, Ministro Marco Aurélio, foi em sentido amplo, acolhendo quase integralmente o pedido original formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, seu entendimento não foi o vencedor, havendo prevalecido o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que se tornou o relator do acórdão, que contém manifestação de todos os Ministros participantes do julgamento.

O Ministro Edson Fachin acompanhou expressamente os fundamentos do Ministro Marco Aurélio para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (p. 51 do acórdão).

A Ministra Rosa Weber (p. 60 do acórdão) seguiu o voto do Ministro Alexandre de Moraes, referindo-se à inconstitucionalidade da restrição do poder geral de cautela do magistrado, sem fazer nenhuma consideração específica sobre se tratar, ou não, de Mandado de Segurança. No mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Dias Toffoli (p. 62 do acórdão).

A Ministra Cármen Lúcia refere-se, sem ressalvas, também ao “*poder geral de cautela do juiz*”, comprometido pela vedação constante do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (p. 64 do acórdão).

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu inconstitucional o art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009 por ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF, colidindo com o “*princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou também chamado de universalidade da jurisdição*” (p. 67 do acórdão).

Embora não tenham reconhecido a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Luiz Fux deram a ele “*interpretação conforme à Constituição*” “[...] *para ler, nesse dispositivo, uma cláusula oculta que tem o seguinte teor: ‘salvo se para evitar o perecimento do direito’*”. (p. 59 e 126 do acórdão, respectivamente). Nenhum daqueles dois votos traz, contudo, qualquer peculiaridade em relação a se tratar de Mandado de Segurança.

O Ministro Gilmar Mendes divergiu da maioria quanto à tese de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009. Para Sua Excelência, a inconstitucionalidade reside apenas na vedação de liberação de mercadorias provenientes do exterior e na vedação da compensação tributária. Esta, desde que o pedido tenha como fundamento tese firmada em julgamento de casos repetitivos, na linha estabelecida pelo art. 311, II, do CPC; aquela em função do Tema 1.042 da sistemática da repercussão geral, em que se entendeu devido condicionar a liberação de mercadoria do exterior ao prévio depósito da diferença dos tributos devidos. Em ambos os casos, Sua Excelência destacou que não faria sentido que se vedasse

em mandado de segurança o que seria obtenível em “ação sob o rito ordinário” ou em sede administrativa (p. 120-121 do acórdão).

O Ministro Nunes Marques, por sua vez, entendeu constitucional o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 (p. 24-25 do acórdão). O fundamento de seu entendimento repousou na compreensão de que O legislador pode mesmo ajustar, em termos procedimentais, a tutela jurisdicional. Ao impedir a concessão de tutela provisória para esses casos – repito, com base em vasta experiência histórica –, ele não denega a própria tutela jurisdicional, que continua podendo ser deferida em termos definitivos, mas apenas limita a atuação por meio de provimentos precários.

Sua Excelência também trouxe à tona o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 4 pelo Pleno do STF, em que foi decidida a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/1997, que versava sobre a vedação da então recém introduzida tutela antecipada, no CPC de 1973, em processos envolvendo a Fazenda Pública nos mesmos casos em que houvesse proibição para o mandado de segurança.

Posto isso, mostra-se correto entender que a maioria que se inclinou em direção à inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 deveu-se não apenas e tão somente à constatação de que a liminar em mandado de segurança tem derivação constitucional, no próprio art. 5º, LXIX, da CF.

Com efeito, para o Ministro Marco Aurélio o dispositivo não só mitigava o Mandado de Segurança e sua específica previsão constitucional (art. 5º, LXIX, da CF), como também colocava em segundo plano o primado do Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), dando tratamento preferencial à Fazenda Pública, “*incompatível com o Estado Democrático de Direito, relegando à inocuidade possível direito líquido e certo a ser examinado pelo julgador daquele que se diga prejudicado por um ato público.*” (p. 15 do acórdão).<sup>21</sup>

O STF considerou inconstitucional impedir ou condicionar a concessão de medida liminar, o que caracteriza verdadeiro obstáculo à efetiva prestação jurisdicional e à defesa do direito líquido e certo do impetrante. A Corte concluiu, portanto, que:

É inconstitucional ato normativo que vede ou condicione a concessão de medida liminar na via mandamental.

STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021 (Info 1021).

---

<sup>21</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 157-184, jan./jun. 2022.

### **3. O Efeito Vinculante do Julgamento da ADI 4296**

#### **3.1. O *ratio decidendi* de uma decisão judicial**

Posto isso, uma vez demonstrado os resultados do julgado da ADI 4296, no tocante à inconstitucionalidade dos mencionados arts. 7º, § 2º, e 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, cumpre apresentar o seu efeito vinculante.

Ao tratar de efeito vinculante, entende-se que as decisões definitivas de mérito adotadas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais devem ser seguidas, obrigatoriamente, pelos demais órgãos do Judiciário e pelo Poder Executivo.

Válida também se faz a menção do dispositivo constitucional, que ao tratar do efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade, prescreve em seu art. 102, § 2º:

*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*

Bem como, do art. 103-A, também da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário”, *in verbis*:

*Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do*

*ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*

Nesse sentido, é correto interpretar aquela decisão no sentido de que o efeito vinculante que irradia da ADI 4.296 diz respeito à retirada, do ordenamento jurídico, do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009. Compreende-se, portanto, que não é constitucional excepcionar as hipóteses nele previstas para a liminar em mandado de segurança. Retirada, diga-se, que independe de qualquer manifestação do Senado Federal, tal qual a prevista para o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade pelo STF no art. 52, X, da CF.

Isso porque o caráter vinculante de uma ADI, conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno<sup>22</sup>, não reside na *ratio decidendi*, mas na própria decisão, isto é, no seu dispositivo.

Continuamente, cumpre reforçar que a *ratio decidendi* de uma decisão judicial é a porção vinculante de um precedente. Contudo, não se trata de uma vinculação em termos de efeitos processuais, como a coisa julgada. Trata-se de uma vinculação argumentativa, do reconhecimento de que um juiz ou tribunal devem prestar contas ao fundamento de um precedente relevante quando for decidir sobre assunto correlato.

A força do precedente é a exigência de que os tribunais pratiquem um tipo de coerência ou de integridade. Em outras palavras, o precedente traz um constrangimento argumentativo adicional à obrigação de que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante.

Robert Alexy<sup>23</sup> sintetiza essa ideia sob a seguinte regra: “*quem deseja se afastar de um precedente assume o [respectivo] ônus argumentativo*”. Quem não compreende a natureza argumentativa dos limites estabelecidos pela noção de *ratio decidendi* tende a conceber a lógica de precedentes como uma deferência cega e rígida ao passado. Esse, porém, é um grande equívoco.

Precedentes podem ser (i) aplicados, (ii) superados ou (iii) distinguidos. Aplicar precedentes é uma das três possibilidades que os atores judiciais possuem em face de um precedente.

---

<sup>22</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 157-184, jan./jun. 2022.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). *Interpreting precedents*, p. 30.

O processo e o debate em torno da identificação da *ratio* de determinado precedente tem abertura o suficiente para gerar novas interpretações a respeito do que significa aplicar corretamente um determinado precedente e, assim, de eventual mudança em entendimento jurisprudencial. Assim, mesmo nesse âmbito há espaço para a inovação.<sup>24</sup>

Isto é, portanto, dizer que o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 foi retirado, pela decisão tomada pelo STF na ADI 4.296, do ordenamento jurídico. As razões pelas quais isso se deu são indiferentes para a compreensão do alcance de sua eficácia vinculante.

## **4. O Regime da Tutela Provisória**

### **4.1. Tutela Provisória enquanto Instituto Processual**

Sobre o instituto da Tutela Provisória, ensina Arruda Alvim<sup>25</sup> que ela vem ao encontro da *necessidade de transpor obstáculos para a adequada entrega da prestação jurisdicional, a saber, a duração e o custo do processo, que, como é evidente, se fazem sentir de forma muito mais intensa no caso das pessoas economicamente menos favorecidas.*

O revogado CPC/73 já previa medidas cautelares em seus arts. 796 s., vindo o legislador a introduzir, de forma generalizada, a antecipação de tutela, primeiramente pela Lei n. 8.952/944, e em seguida, mais amplamente pela Lei n. 10.444/2002. O CPC/2015, por sua vez, veio a concentrar, no geral, o tratamento da matéria nos arts. 294 a 311.

Houve, portanto, uma reorganização e sistematização, que trata, em primeiro lugar, de diferenciar as tutelas provisórias em urgência e evidência (art. 294) e em seguida, as tutelas de urgência entre antecipadas e cautelares. No entanto, no lugar de tratar de ambas as tutelas de urgência, em regime único, na versão definitiva, o legislador preferiu tratá-las em capítulos próprios, deixando o Capítulo II para a tutela antecipada e o Capítulo III para a tutela cautelar, com procedimentos diversos.

Ambas podem ser concedidas de forma antecedente à propositura do pedido principal, como ser requeridas incidentalmente, embora, no caso da tutela da evidência, a possibilidade de requerimento antecedente, no nosso modo de ver, fique restrita a apenas duas hipóteses.

---

<sup>24</sup> GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>

<sup>25</sup> Alvim, Eduardo A. *Tutela provisória*, 1ª edição.. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2017.

Pela normatização do CPC, verifica-se que, enquanto a tutela antecipada poderá ser extinta caso o autor não adite a inicial no prazo de quinze dias ou em outro prazo maior fixado pelo juiz (art. 303, § 2o) e estabilizada caso o réu não venha apresentar recurso contra ela (art. 304), no caso da tutela cautelar, se o autor não deduzir o pedido principal, no prazo de trinta dias, ela perderá a eficácia (art. 308) e, caso não contestada pelo réu, ocorrerá a aplicação dos efeitos da revelia (art. 307).

A tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar, porque a tutela antecipatória não se limita a assegurar o resultado útil e eficaz do processo, nem garantir a satisfação do direito, mas sim conceder o próprio pedido formulado.

Já a tutela cautelar se refere à proteção ao processo, garantindo-se um resultado útil. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco<sup>26</sup> explica que a distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar pode ser vista em relação ao processo e ao sujeito: quando o mal é causado ao processo, o remédio é a cautelar e quando ao sujeito, a tutela antecipada.

Enfim, para se entender, de forma mais simplificada, que tipo de tutela é prestada na tutela antecipada, basta identificar que, na inicial, o autor promove dois tipos de pedido: imediato e mediato.

O primeiro representa o tipo de providência jurisdicional que será proporcionada pelo juiz e o segundo representa o bem da vida, a vantagem prática pleiteada. Ocorre que na tutela antecipada o órgão julgador entrega o bem da vida, a vantagem prática, ou seja, apenas o pedido mediato.

Jamais haverá, portanto, a entrega do pedido imediato, pois, nesse caso, o juiz já proferira a sentença, o julgamento antecipado da lide.

William Santos Ferreira<sup>27</sup> afirma que ocorre que a tutela cautelar destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento de tal pretensão, aí sim o bem da vida seja entregue e isto será possível porque a viabilidade do alcance do bem da vida foi protegida ou acutelada.

Sobre o tema, também ensina Piero Calamandrei<sup>28</sup> que a medida cautelar destina-se a *dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente sua obra*. Na tutela antecipada não se antecipa o provimento judicial em si (que definirá a relação jurídica), nem apenas se assegura o

---

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1

<sup>27</sup> FERREIRA, William dos Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: RT, 2000.

<sup>28</sup> CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000.

resultado. O que se verifica é a antecipação dos efeitos do provimento definitivo, o que é a representação do bem da vida almejado pelo autor. É a tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito.

O autor obtém, ainda que provisoriamente, a admissão de seu pedido mediato e não do seu pedido imediato, já que este último só na sentença é que será apreciado. Em síntese, enquanto na tutela cautelar concede-se no presente a proteção do bem da vida que provavelmente será obtido no futuro, na tutela antecipada concede-se no presente o próprio bem da vida que só provavelmente será obtido no futuro.

Assim, enquanto na tutela antecipada se proporciona à parte a própria fruição do direito pleiteado, entregando, na verdade, o pedido mediato formulado pelo autor, na tutela cautelar nada disso é feito, o juiz apenas fornece uma medida que venha garantir o resultado útil do processo, ou seja, que a tutela seja ao final concedida de maneira concreta e efetiva.

Ao fim e ao cabo a medida cautelar tem apenas o fito de garantir a satisfação do direito discutido no processo dito principal, mas não pode antecipar a decisão sobre o direito material. Essa característica pertence somente às tutelas antecipadas. Ora, se a medida satisfaz, não é cautelar. Esse é justamente o caso da liminar no mandado de segurança. Em suma, pode-se dizer que o que caracteriza a tutela antecipada é a satisfatividade, enquanto o que caracteriza a tutela cautelar é a referibilidade, ou seja, deve haver referência a um direito acautelado.

Teori Albino Zavascki<sup>29</sup> explica que as situações de risco à efetividade da prestação da tutela definitiva são essencialmente três. Há situações em que a certificação do direito material é que está em risco, já que a prova de sua existência encontra-se ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Quando ocorrerem, será urgente medida para antecipar a produção da prova, que, todavia, não importa qualquer antecipação dos efeitos da futura sentença.

Por outro lado, há situações em que o perigo ameaça, não a certificação, mas a futura execução forçada do direito certificado, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nesses casos, urgente será a medida para garantir a execução, o que, igualmente, não significa antecipar os efeitos da tutela definitiva.

Mas finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar sob risco, como podem não estar sob risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição.

---

<sup>29</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 82, 1996

Presentes essas circunstâncias, será urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.

Em suma: há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória.

Portanto, tem-se que nas medidas cautelares existe, no dizer de Ovídio Baptista da Silva<sup>30</sup>, segurança-da-execução e na antecipação de tutela existe execução-para-segurança, sendo este último o caso típico do mandado de segurança. Referido autor, confirmando o caráter não cautelar e antecipatório dos efeitos da liminar concedida em mandado de segurança, assevera que o que caracteriza a natureza do provimento de procedência é o seu respectivo conteúdo. Diz ele que e ele antecipar efeitos da sentença de procedência, em demanda satisfativa – ante o fundado receio de dano irreparável – o provimento terá naturalmente caráter também satisfativo, logo não cautelar.

Se, ao contrário, ante o mesmo fundado receio de dano irreparável, protege-se o direito, sem satisfazê-lo, apenas assegurando sua futura satisfação (realização), então o provimento será cautelar.

Sabe-se que as sentenças podem conter diversas cargas ou eficácias, algumas das quais são preponderantes. Em função da necessidade da existência do interesse processual é certo que não se poderá admitir tutela antecipada que não seja adequada ao fim a que se destina.

Assim, nos casos em que o autor somente possa ser satisfeito quando a tutela for concedida em definitivo, de nada adiantaria concedê-la antecipadamente. Esse é o caso da tutela chamada meramente declaratória ou da meramente constitutiva.

Conforme Teori Zavascki<sup>31</sup>, a antecipação de efeitos da tutela somente contribuirá para a efetividade do processo quando, pela natureza, se tratar de efeitos: a) que provoquem mudanças ou b) que impeçam mudanças no plano da realidade fática, ou seja, quando a tutela

---

<sup>30</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. São Paulo: RT, 1997.

<sup>31</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 82, 1996

comportar, de alguma forma, execução. Enfim, pode-se afirmar que tanto a tutela antecipada como a cautelar, como tutelas provisórias de urgência, possuem em comum a finalidade de evitar que a passagem do tempo, a morosidade, venham corroer o direito almejado pela parte, seja possibilitando a própria fruição, seja garantindo que o processo tenha um resultado útil e eficaz, mesmo que a entrega do direito demore razoavelmente até que o processo termine.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco<sup>32</sup> expõe que é inegável que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos e acabe por lesar alguma pessoa: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável, como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído.

Embora não existisse unanimidade, muitos doutrinadores, no regime do CPC revogado, estabeleciam também diferenças quanto ao *fumus boni iuris* e quanto ao *periculum in mora*. No tocante ao *fumus boni iuris* a diferença era estabelecida em função da redação do art. 273 do CPC de 1973, que exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o que não era exigido para cautelares. Assim, o *fumus* exigido para a tutela antecipada era mais robusto, forte e veemente do que aquele exigido para a concessão de medidas cautelares. Quanto ao *periculum in mora*, a diferenciação tinha origem no art. 273, II, do CPC de 1973, o qual previa a concessão da tutela antecipada independentemente da urgência ou do risco na fruição do direito. O requisito, nesse caso, era a existência de direito evidente.

A diferenciação entre as tutelas de urgência, no regime do CPC de 1973, era importante não somente pela dificuldade que sempre houve de caracterizá-las, mas principalmente a jurisprudência era controvertida quanto à possibilidade de a admissão da fungibilidade entre elas ser via de mão dupla.

Muitos entendiam que haveria possibilidade apenas da chamada “fungibilidade regressiva”, isto é, de antecipação de tutela para providência cautelar, não se admitindo o contrário, ou seja, a “fungibilidade progressiva” no CPC, o parágrafo único do art. 305 determina que “caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303”, que é o artigo que trata do processamento da tutela antecipada, ou seja, receberá a tutela cautelar como tutela antecipada.

Enquanto no CPC de 1973 havia previsão para a fungibilidade entre antecipada e cautelar, no CPC temos a previsão da fungibilidade entre cautelar e antecipatória. No entanto,

---

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1

tanto no regime do CPC de 1973 como agora, trata-se, em realidade, de via de mão dupla. Há espaço para o juiz receber tanto cautelares quanto antecipadas, como, ao contrário, tanto antecipadas quanto cautelares.

No CPC essas diferenças deixam de ter importância, uma vez que tutela cautelar e antecipada estão previstas como tutelas de urgência em contraposição à tutela da evidência, sendo que ambas (antecipada e cautelar) exigem o requisito do *periculum in mora* e também o *fumus boni iuris*, este na mesma densidade independentemente do tipo de tutela de urgência.

## **5. Os Reflexos do Julgamento da ADI 4296 no Regime da Tutela Provisória**

O ponto mais sensível de toda a pesquisa desenvolvida consiste em saber se a inconstitucionalidade declarada pelo STF em relação ao mandado de segurança se aplicaria (ou não) nas demais hipóteses de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública.

Nesse aspecto, é importante lembrar que a jurisprudência do STF tem rejeitado a tese da transcendência dos motivos determinantes, conforme se verifica através dos seguintes julgados:

RECLAMAÇÃO. A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização, o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes: Reclamação nº 3.014/SP, Pleno, relator ministro Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010.

(Rcl 11477 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 29-08-2012 PUBLIC 30-08-2012)

RECLAMAÇÃO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS. ADI 1.770. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

I - É improcedente a reclamação que trate de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle.

II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante.

III - O acórdão prolatado na ADI 1.770 não decidiu sobre a possibilidade de empresa pública despedir, ou não, empregado público após sua aposentadoria, nem, caso despedisse, se a consequência seria reintegrar o empregado, ou garantir-lhe as verbas rescisórias.

IV - Reclamação julgada improcedente.

(Rcl 8168, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

Ementa: RECLAMAÇÃO. APLICAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO DE DÉBITOS TRABALHISTAS. TR. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ATO RECLAMADO E O QUE FOI EFETIVAMENTE DECIDIDO NAS ADIS 4.357/DF E 4.425/DF. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. ATUAÇÃO DO TST DENTRO DO LIMITE CONSTITUCIONAL QUE LHE É ATRIBUÍDO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

I – A decisão reclamada afastou a aplicação da TR como índice de correção monetária nos débitos trabalhistas, determinando a utilização do IPCA em seu lugar, questão que não foi objeto de deliberação desta Suprema Corte no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, não possuindo, portanto, a aderência estrita com os arestos tidos por desrespeitados.

II - Apesar da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e o que foi efetivamente decidido na ação direta de inconstitucionalidade apontada como paradigma, o decisum ora impugnado está em consonância com a ratio decidendi da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte.

III – Reclamação improcedente.

(Rcl 22012, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2018 PUBLIC 27-02-2018)

Logo, é possível inferir que, se a ADI 4.296/DF tinha como objeto dispositivos da Lei n. 12.016/2009 (mandado de segurança), a declaração de constitucionalidade não pode ser estendida automaticamente às outras espécies do gênero tutelas provisórias, como aquelas previstas na mencionada Lei n. 8.437/1992.

Por outro lado, é preciso analisar a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Esta, também conhecida como inconstitucionalidade por atração ou inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados, decorre da construção jurisprudencial e significa que “*o STF poderá reconhecer a inconstitucionalidade de norma dependente de outra já julgada inconstitucional em processo de controle concentrado de constitucionalidade*”<sup>33</sup>.

EMENTA Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 12.398/98-Paraná. Decreto estadual nº 721/99. Edição da EC nº 41/03. Substancial alteração do parâmetro de controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC nº 20/98. Precedentes.

---

<sup>33</sup> UCHÔA, Rostonio. **Curso de direito processual constitucional**. 4. ed. Teresina: Edição do Autor, 2019. p. 230.

1. Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação.
2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas.
3. A Lei estadual nº 12.398/98, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela Emenda Constitucional nº 41/03. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela Emenda Constitucional nº 41/03. Superada a preliminar de prejudicialidade da ação, fixando o entendimento de, analisada a situação concreta, não se assentar o prejuízo das ações em curso, para evitar situações em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos, uma vez revogada as medidas cautelares concedidas já há dez anos.
4. No mérito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é inconstitucional a incidência, sob a égide da EC nº 20/98, de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos e dos pensionistas, como previu a Lei nº 12.398/98, do Estado do Paraná (cf. ADI nº 2.010/DF-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 12/4/02; e RE nº 408.824/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 25/4/08).
5. É igualmente inconstitucional a incidência, sobre os proventos de inativos e pensionistas, de contribuição compulsória para o custeio de serviços médico-hospitalares (cf. RE nº 346.797/RS-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Primeira Turma, DJ de 28/11/03; ADI nº 1.920/BA-MC, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 20/9/02).
6. Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação de dependência com a lei impugnada. Precedentes.
7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.  
(ADI 2158, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00010 RTJ VOL-00219-01 PP-00143 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 410-426 RSJADV abr., 2011, p. 40-49)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47, § 3º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI FEDERAL 11.300/2006. CRITÉRIO DE REPARTIÇÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL NO RÁDIO E NA TELEVISÃO ENTRE AS AGREMIACÕES PARTIDÁRIAS. PEDIDO DE INTERPETAÇÃO CONFORME AOS ARTIGOS 1º, V; 5º, CAPUT; E 17, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA QUE SEJAM OBSERVADAS AS ALTERAÇÕES NAS BANCADAS DOS PARTIDOS APÓS A ÚLTIMA ELEIÇÃO. QUESTÃO TAMBÉM VERSADA NO ARTIGO 47, § 7º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997 E NO ARTIGO 48, §§ 1º, 3º E 4º, DA RESOLUÇÃO 23.551/2017 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA. VÍCIO PROCESSUAL QUE COMPROMETE O INTERESSE DE AGIR. INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DE

INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. DISPOSITIVOS QUE SE ENCONTRAM NO MESMO PATAMAR NORMATIVO E DE VALIDADE. INSTRUMENTO QUE NÃO SE PRESTA A SUPRIR CARÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repartição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão conforme a representação de cada partido político na Câmara dos Deputados resultante da última eleição, controvérsia a que se cinge a presente ação, é versada no artigo 47, § 3º, da Lei federal 9.504/1997, que se pleiteia a interpretação conforme a Constituição Federal para que sejam consideradas na referida repartição as alterações de filiação partidária ocorridas durante a legislatura; e também no artigo 47, § 7º, da Lei federal 9.504/1997, bem como no artigo 48, §§ 1º, 3º e 4º, da Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, normas que não foram impugnadas.

3. A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes: ADI 2.595-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 2/2/2018; ADI 4.342-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Julgado em 2/2/2018; ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 29/9/2011; ADI 2.422-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014; ADI 2.423-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014. 4. A inexistência de dependência normativa inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados. Precedente: ADI 2.895, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 20/5/2005.

5. A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou atração não se presta a suprir carências no exercício do direito de ação. Precedentes: ADI 4.647, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 21/6/2018; ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 23/4/2004; ADI 1.775, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 18/5/2001.

6. Agravo a que se nega provimento.

(ADI 5922 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 06-03-2020 PUBLIC 09-03-2020)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “PELO MENOS CINQUENTA POR CENTO” DO INC. V DO ART. 19 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ART. 2º DA LEI N. 4.858/2012, § 2º DO ART. 5º DA LEI COMPLEMENTAR N. 840/2011 E ART. 8º DA LEI N. 5.192/2013, DO DISTRITO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. PERCENTUAL MÍNIMO DOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA. CONTRARIEDADE À AL. C DO § 1º DO ART. 61 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de cumprir o imperativo constitucional de conferir-se celeridade processual, com o conhecimento e julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal, ausente a necessidade de novas informações. Precedentes.

2. É inconstitucional a expressão “pelo menos cinquenta por cento” dos cargos de provimento em comissão reservados aos servidores efetivos, prevista no inc. V do art. 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal, pois decorrente de projeto de lei de iniciativa parlamentar, por afronta à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo

do Distrito Federal para a deflagração do respectivo processo legislativo, nos termos da al. c do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República. Precedentes.

3. O vício de inconstitucionalidade da expressão “pelo menos cinquenta por cento” prevista no inc. V do art. 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal não invalida o art. 2º da Lei n. 4.858/2012, § 2º, o art. 5º da Lei Complementar n. 840/2011 e o art. 8º da Lei n. 5.192/2013 do Distrito Federal por não se verificar relação de dependência a justificar a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos dispositivos.

4. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “pelo menos cinquenta por cento dos” prevista no inc. V do art. 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

(ADI 6585, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 26-05-2021 PUBLIC 27-05-2021)

Conforme se verifica, a inexistência de dependência normativa entre dispositivos normativos que se encontram no mesmo patamar normativo e de validade inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados.

Portanto, não se afigura plausível advogar a tese de inconstitucionalidade por arrastamento das vedações previstas em outras leis federais, como a Lei n. 8.437/1992, por exemplo. Como bem destacou o relator Min. Marco Aurélio “*esse dispositivo não é alvo da irresignação inicial, sendo inadequado potencializar a óptica do entrelaçamento*”.

Não se pode olvidar que, de acordo com o disposto no artigo 927, I, do CPC, “*os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*”.

Nesse aspecto, poderia se questionar se a *ratio decidendi* do precedente poderia ser aplicado aos demais casos de tutela provisória. Entretanto, como foi destacado no julgado em apreço, não houve o questionamento do complexo normativo da lei nº 8.437/1992 e sendo assim, o STF levou em consideração que “*a cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal*”.

Portanto, é possível inferir que o Supremo fez uma análise específica do contexto constitucional do mandado de segurança e não das demais hipóteses de tutelas provisórias.

Didier Jr., Cabral e Cunha afirmam que “*o procedimento especial seria aquele construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material; é, por isso, especial, porque criado para atender a uma situação específica*”<sup>34</sup>. Em sua acepção mais tradicional, o procedimento especial se caracteriza pela legalidade, taxatividade e tipicidade fechada, excepcionalidade, indisponibilidade, inflexibilidade, infungibilidade e exclusividade.

---

<sup>34</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 21.

Segundo os referidos autores “há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme a sua conveniência”<sup>35</sup>. Segundo eles, tais procedimentos seriam “não-obrigatórios, opcionais, pois podem ser dispensados pelo autor”<sup>36</sup> p. ex.: Mandado de Segurança.

Portanto, tendo em vista que as partes têm o direito à escolha do procedimento, dentre eles um procedimento não obrigatório (opcional) como o Mandado de Segurança, teoricamente, não se afigura razoável defender uma interpretação ampla de modo a atingir outros procedimentos.

Todavia, fundamental se faz a menção e reflexão quanto ao artigo “ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance”<sup>37</sup>, desenvolvido pelo Professor Dr. Cassio Scarpinella Bueno, para Revista Suprema, explorando a fundo o alcance da “eficácia vinculante” da decisão tomada pelo Pleno do STF na ADI 4.296 sobre a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

Enquanto pioneiro no tema, o artigo, a partir do qual esta linha de pesquisa foi aberta, chega a conclusões divergentes do que se extrai do “senso comum” sobre a eficácia vinculante do julgamento da ADI 4296.

Pretende-se, no artigo, verificar se o quanto decidido naquela sede alcança outras normas jurídicas similares que vedam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público. Em seu discorrer, procedeu-se ao exame do acórdão tomado naquele caso para identificar a sua respectiva *ratio decidendi*, e sua conclusão é no sentido de que a *ratio decidendi* daquela decisão autoriza a compreensão de que a inconstitucionalidade reconhecida alcança não só a liminar em mandado de segurança, mas também normas similares que vedam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público.

Por “efeitos diretos” da ADI 4.296, o Professor Autor propõe que seja compreendido o alcance inequívoco da decisão então alcançada, no que diz respeito à inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

Ou seja, nesse contexto, tendo presente a literalidade da decisão tomada em relação à inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, sua primeira compreensão é a de que não é juridicamente correto deixar de conceder medida liminar em mandado de segurança, mesmo quando seu objeto for a compensação de créditos tributários, a entrega de

---

<sup>35</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.* p. 40.

<sup>36</sup> Idem. *Ibidem*,

<sup>37</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 157-184, jan./jun. 2022.

mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, conforme se extrai do próprio dispositivo.

Sendo assim, o autor entende ser correto interpretar aquela decisão, na parte que à análise interessa, no sentido de que o efeito vinculante que irradia da ADI 4.296 diz respeito à retirada, do ordenamento jurídico, do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009: não é constitucional excepcionar as hipóteses nele previstas para a liminar em mandado de segurança.

Retirada, diga-se, que independe de qualquer manifestação do Senado Federal, tal qual a prevista para o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade pelo STF no art. 52, X, da CF/21.

Todavia, afirma que a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 não pode ser interpretada como se todo e qualquer pedido de liminar em mandado de segurança devesse ser deferido, evidentemente que não. Isto porque uma coisa é retirar o indevido óbice legislativo apriorístico que impedia que o magistrado analisasse determinadas pretensões provisórias formuladas em sede de mandado de segurança; outra, bem diferente, é saber se, em cada caso concreto, estão presentes as exigências feitas pelo inciso II do art. 7º da Lei n. 12.016/2009.

Em contraposição à exposição precedente, propõe que seja chamado de “efeitos indiretos” aquilo que pode (ou não) decorrer do julgamento da ADI 4.296, mas que pressupõe a devida compreensão do que lá foi decidido.

Trata-se, portanto, da parte nuclear do referido artigo: o desafio é saber o alcance daquela decisão do STF em relação à escolha do veículo processual utilizado pelo administrado para questionar dado ato estatal. O autor questiona se, apenas para ter presente a hipótese figurada para debate, o administrado pleiteia o reconhecimento judicial de direito à compensação tributária, mas o faz pelo procedimento comum do CPC, é juridicamente viável a concessão de tutela provisória atendendo ao seu pedido?

Entende-se que, para fins de exposição, a efetiva presença ou não dos pressupostos autorizadores da medida (arts. 300, caput, e 311 do CPC), importa saber de que modo o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 autoriza a apreciação do pedido de tutela provisória, considerando, sobretudo, o disposto no já lembrado art. 1.059 do CPC.

Para responder adequadamente a indagação, importou verificar, em primeiro lugar, se a decisão proferida no controle de constitucionalidade pode ser interpretada para além

de seu dispositivo, mas também levando em conta a sua *ratio decidendi*, isto é, os fundamentos determinantes então alcançados para decidir em um ou em outro sentido.

Não obstante o art. 102, § 2º, da CF emprestar às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade eficácia vinculante, isso não significa entender que não é necessário (*rectius*, indispensável) identificar a *ratio decidendi* (os fundamentos determinantes da decisão) para definir seu real campo de incidência ou, como propõe o artigo, o seu alcance.

Isso porque o caráter vinculante de uma ADI reside não na *ratio decidendi*, mas na própria decisão, isto é, no seu dispositivo. É dizer: o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 foi retirado, pela decisão tomada pelo STF na ADI 4.296, do ordenamento jurídico. As razões pelas quais isso se deu são indiferentes para a compreensão do alcance de sua eficácia vinculante.

Isso porque o estudo da *ratio decidendi* da ADI 4.296 é essencial na busca de maior previsibilidade possível quanto à (in)constitucionalidade de outras regras pertencentes ao ordenamento jurídico e que, tanto quanto o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, vedam, apriorística e generalizadamente, tutela provisória contra o Poder Público.

Assim, não se trata de querer emprestar o efeito vinculante da ADI 4.296 para selar a sorte da controvérsia, mas de usar adequadamente o sistema de *pre-cedentes*, tão enaltecido pelo CPC de 2015 e por toda a doutrina que, de variados pontos de vista, vem se formando a respeito dele e do tema, com o objetivo de fomentar previsibilidade e segurança jurídica.

## **6. Análise Crítica do Julgamento da ADI 4296 e dos seus Reflexos no Regime da Tutela Provisória**

Deste modo, uma vez apontadas e destrinchadas duas perspectivas, opostas e divergentes, a respeito do alcance do julgamento da ADI 4296 em situações correlatas, isto é, nas hipóteses em que incide o regime da tutela provisória, nos termos do que prevê o Código de Processo Civil, é possível analisar, criticamente, os reflexos do referido julgamento em tela.

Cumprido, nesta oportunidade de análise, explicitar o conceito de “poder geral de cautela”, que é mencionado na ementa do julgamento em discussão, no sentido que no *exercício do poder geral de cautela, tem o juiz a faculdade de exigir contracautela para o deferimento de medida liminar, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo,*

*de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Razoabilidade da medida que não obsta o juízo de cognição sumária do magistrado.*<sup>38</sup>

Portanto, compreende-se que o entendimento emanado a partir do Julgamento da mencionada ADI é de que no exercício do seu “poder geral de cautela”, o magistrado poderá avaliar se aquele caso específico exige caução, fiança ou depósito, compreendendo-se que a norma não cria nenhum empecilho na concessão da medida liminar.

Todavia, a norma atesta expressamente uma faculdade do juiz, a qual, inclusive, ainda que não estivesse prevista especificamente na Lei de Mandado de Segurança, decorreria da aplicação do Código de Processo Civil e da própria extensão inerente ao poder geral de cautela pertencente ao magistrado.

Posto isso, compreende-se que não sendo exclusivamente do Mandado de Segurança, é correto, portanto, entender que o que se decidiu neste julgamento, alcança outras formas do exercício do “poder geral de cautela” e, por isso, alcança-se o regime da Lei n. 8.437/1992, bem como o art. 1.059 do Código de Processo Civil, ao menos no que diz respeito às mesmas vedações.

Em semelhante contexto, também se faz válida a menção ao cancelamento, pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 212, que conforme anteriormente pontuado, tratava das vedações da Lei n. 8.437/1992, a partir do quanto decidido na ADI 4296.

No mais, cumpre reforçar que a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 não deve ser interpretada como se todo ou qualquer pedido de liminar em Mandado de Segurança devesse ser deferido, haja vista que uma coisa é retirar o indevido óbice legislativo que impedia que o magistrado analisasse determinadas pretensões provisórias formuladas em sede de mandado de segurança, e outra é saber se, em cada caso concreto, estão presentes as exigências feitas pelo inciso II do art. 7º da Lei n. 12.016/2009.

## **7. Conclusão**

Posto isso, é possível verificar-se duas vertentes de compreensão quanto ao alcance e aos reflexos da decisão de inconstitucionalidade proveniente do Julgamento da ADI 4296.

A primeira conclusão infere que, se a ADI 4.296/DF tinha como objeto dispositivos da Lei n. 12.016/2009 (mandado de segurança), a declaração de constitucionalidade não pode ser

---

<sup>38</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 157-184, jan./jun. 2022.

estendida automaticamente às outras espécies do gênero tutelas provisórias, como aquelas previstas na mencionada Lei n. 8.437/1992.

Além disso, analisa-se a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Esta, também conhecida como inconstitucionalidade por atração ou inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados, decorre da construção jurisprudencial e significa que o STF poderá reconhecer a inconstitucionalidade de norma dependente de outra já julgada inconstitucional em processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Neste segmento de pensamento, conclui-se que a inexistência de dependência normativa entre dispositivos normativos que se encontram no mesmo patamar normativo e de validade inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados.

Nestes termos, o resultado da primeira análise é de que o Supremo fez um estudo específico do contexto constitucional do mandado de segurança e não das demais hipóteses de tutelas provisórias.

Todavia, fundamental se faz a menção e reflexão ao artigo “*ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance*”, desenvolvido pelo Professor Dr. Cassio Scarpinella Bueno, para Revista Suprema, explorando a fundo o alcance da “eficácia vinculante” da decisão tomada pelo Pleno do STF na ADI 4.296 sobre a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

Enquanto pioneiro no tema, o artigo, a partir do qual esta linha de pesquisa foi aberta, chega a conclusões divergentes do que se extraí do “senso comum” sobre a eficácia vinculante do julgamento da ADI 4296.

Isso porque, conclui-se a partir dele que o caráter vinculante de uma ADI reside não na *ratio decidendi*, mas na própria decisão, isto é, no seu dispositivo. É dizer: o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 foi retirado, pela decisão tomada pelo STF na ADI 4.296, do ordenamento jurídico. As razões pelas quais isso se deu são indiferentes para a compreensão do alcance de sua eficácia vinculante.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a *ratio decidendi*, isto é, os reflexos e o alcance do julgamento da ADI 4296, que declarou a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, alcança não só a liminar em mandado de segurança, como também normas similares que vedem a concessão de tutela provisória contra o Poder Público.

## Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). Interpreting precedents, p. 30.

ALVIM, Eduardo Arruda. Mandado de segurança. 2ª edição. Rio de Janeiro: G2, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de, et al. Mandado de segurança, cit., p. 46

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/09. Revista Forense, vol. 409, p. 222, maio-jun. 2010. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 30.

ALVIM, Eduardo A. Tutela provisória, 1ª edição.. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 19º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança, cit., p. 45.

BUENO, Cassio Scarpinella. ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 157-184, jan./jun. 2022.

BUENO, Cassio S. Tutela provisória no CPC : dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Saraiva, 2018.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013, p. 351.

DANTAS, Bruno; SCARPINELLA BUENO, Cassio; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (coords.). Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência: após o primeiro ano de vigência do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Mandado de segurança (o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09). São Paulo: Dialética, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1

FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança. São Paulo. Maleiros, 2006.

FERREIRA, William dos Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: RT, 2000.

FRANCAVILLA, Enrico. Mandado de segurança: teoria e prática. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Saraiva, 2017.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de segurança. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

GLEZER, Rubens. Ratio decidendi. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>

GUIMARÃES, José Lázaro Alfrêdo. As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público. Brasília: Brasília Jurídica, 1993.

HARADA, Kiyoshi. Da liminar em matéria tributária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

JR., Humberto T. Lei do Mandado de Segurança Comentada, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2018.

MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOLLICA, Rogério. A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. IN. SCARPINELLA, Cassio; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 e CPC/2015. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. VIII, p. 206.

PRIA, Rodrigo Dalla. Direito processual tributário. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2021.

REMÉDIO, José Antônio. Mandado de segurança individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 583.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. A nova lei do mandado segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Manual do Poder Público em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2022 e Tutela provisória e compensação tributária: os efeitos práticos da declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); SOUZA, Priscila de (org.). Meio século de tradição: XVIII Congresso Nacional de Estudos Tributários do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. São Paulo: Noeses, 2021, p. 289/305. ISBN: 978-65-89888-29-1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria geral do processo civil. São Paulo: RT, 1997.

UCHÔA, Rostonio. Curso de direito processual constitucional. 4. ed. Teresina: Edição do Autor, 2019. p. 230

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 82, 1996