

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO

LEANDRO IGOR PAULELLI DOS SANTOS

A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA TRIBUTÁRIO

São Paulo

2014

LEANDRO IGOR PAULELLI DOS SANTOS

A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA TRIBUTÁRIO

Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação à
Coordenadoria Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, para conclusão do Curso de
Direito Processual Tributário.

Orientação: Prof. Dra. Renata Elaine Silva

São Paulo

2014

LEANDRO IGOR PAULELLI DOS SANTOS

A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA TRIBUTÁRIO

Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, para conclusão do Curso de Direito Processual Tributário.

Direito Processual Tributário

Data da Defesa: 22 de maio de 2014.

Resultado:_____.

Ao meu avô Mário por todos os ensinamentos que me foram transferidos com abissal dedicação e sabedoria, proporcionando não só um excelente saber jurídico capaz de enriquecer com brilhantismos o presente trabalho, mas também uma lição de vida que sempre iluminou o trilhar da minha existência.

AGRADECIMENTOS

A minha Orientadora Professora Dra. Renata Elaine Silva, pela presteza em sua orientação, sempre precisa e pontual, que, com enorme simpatia, enobreceu o estudo aqui apresentado. Ao Professor Coordenador Dr. José Eduardo Soares de Melo pelas incansáveis lições proclamadas com enorme saber, compartilhando toda a sua experiência. E ao Professor Dr. Felipe Alexandre Ramos Breda pela dedicação e entusiasmo demonstrado ao longo de todo o curso.

“A lei é a razão livre da paixão”

(Aristóteles)

RESUMO

Em virtude da grande complexidade da lei tributária no Brasil, inúmeros questionamentos brotam da doutrina e da jurisprudência, acalorando discussões intermináveis sobre temas peculiares do direito. Esta parábola cresce ao se deparar com o direito processual, que não só dá vida ao direito material, mas também o envolve em um manto de dúvidas e complicações. Foi por este resvaladio caminho que este trabalho monográfico aprofundou-se, avaliando a influência constitucional, como garantia dos direitos fundamentais, que busca a efetividade da prestação jurisdicional adequada a proteger direito líquido e certo violado por autoridade pública. Por ser medida de tamanha distinção fora tratada com excepcionalidade e demasiada atenção ao ser estudada.

Palavras Chaves: Lei Tributária. Direito Processual. Mandado de Segurança. Liminar. Garantia Constitucional. Direitos Fundamentais. Efetividade Jurisdicional. Direito Líquido e Certo.

ABSTRACT

Due to the high complexity of the tributary system in Brazil, numerous questions spring from doctrines and jurisprudences, contributing to endless debates regarding peculiar topics of the national law. This matter grows when confronted with procedural law, that not only gives life to the substantive law, but also implicates in a sequence of doubts and concerns. It was this complex path and its details that gave context to this monograph, that pursues to evaluate the constitutional influence, as a guarantee of the fundamental rights, that seeks to confirm the efetivity of the adequate jurisdictional provision to protect the citizen`s assured legal rights broken by a public authority. As of a notorious measure, it was accordingly considered, with its excepcionality and high demanded attention to this relevant study focus.

Key Words: Tax Law. Procedural Law. Writ of Mandamus. Injunction. Constitutional Guarantee. Fundamental Rights. Effectiveness in the Jurisdiction. Legal Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	RELATO HISTÓRICO SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA.....	12
2.1	Origem histórica do mandado de segurança no direito brasileiro	12
2.2	O mandado de segurança sob a disciplina da lei 1.533/1951	14
2.3	A nova lei do mandado de segurança	15
3	O MANDADO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	19
3.1	Prestação jurisdicional	19
3.2	Efetividade	21
4	O DIREITO LÍQUIDO E CERTO	24
4.1	Conceito	24
5	A LIMINAR SOB A LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	28
5.1	Natureza jurídica.....	28
5.2	Tutela de urgência e seus requisitos	29
5.3	Requisitos alternativos.....	31
5.3.1	<i>Periculum in mora inverso</i>	32
5.4	Decisão interlocutória e o agravo de instrumento	33
6	A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL	34
6.1	Natureza jurídica - caráter satisfatório, acautelatório e antecipatório	34
6.2	Concessão	36
6.2.1	<i>Da impossibilidade de fixação de prazo à eficácia da liminar</i>	39
6.2.2	<i>Inconstitucionalidade das leis que vedam a concessão da liminar</i>	39
6.2.3	<i>Impedimento da cobrança de multa e juros moratórios</i>	41
6.2.4	<i>Da faculdade de exigir contracautela</i>	41
6.3	Questão recursal.....	44
6.4	Restrições.....	46
6.5	Revogação e cassação	49
6.6	Suspensão sob a vontade do interesse público	52
6.7	Prioridade processual.....	56
6.8	Perempção ou caducidade.....	57
6.9	Notificação.....	59
7	A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	61
8	DA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	64
9	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do Direito não é atingir a realidade ou alcançar a verdade. A procura da realidade ou da verdade é o objeto das Ciências. A Ciência faz a colheita e a análise dos fatos metafísicos, biológicos, psicológicos, econômicos, financeiros, sociais, morais e inclusive fatos jurídicos. E com o auxílio destes fatos ou contra estes fatos o Estado age.¹

Com o escopo de obter, manter e desenvolver o bem comum, o Estado age sob a filosofia moral e social adotada. Assim, o Estado tem como instrumento o Direito e a regra jurídica (direito positivo).

Adentrando na juridicidade da norma jurídica tributária visualiza-se que a há limites precisos impostos pela própria Constituição Federal.

A norma tributária é condicionada pela atividade política do governo, mas essa deve ser expressa em um ato normativo que é a lei, ou algum ato que tenha eficácia de lei. E a lei põe regras que disciplinam situações confiando a um sujeito poderes e, atribuindo a outro sujeito deveres, criando enfim uma pluralidade de situações objetivas, diferenciadas e correlatas, reconhecidas e tuteladas pelo Direito.²

De tal forma não se pode negar à norma tributária que qualifica determinados comportamentos dos sujeitos, sejam estes particular ou ente impositor e até mesmo o Estado, uma juridicidade própria de todas as normas, mesmo se relativamente algumas destas essa juridicidade pode assumir um conteúdo peculiar.³

Daí se faz necessário penetrar no campo dos deveres, mais exatamente nos deveres do Estado, que como escorado por Kelsen, há um dever ético-político⁴ de responsabilização.

A responsabilização pela prática de violação⁵ a direito, há muito é observada no mundo jurídico, ao passo que sempre que houver uma conduta avessa ao ordenamento jurídico vigente, nasce o dever de reparar.

E a partir desta premissa, podemos, ainda que precipitadamente, ponderar alguns pontos essenciais à disciplina a ser tratada nesta obra.

¹ Alfredo Augusto Becker, *Teoria geral do direito tributário*, p 55/56.

² Gian Antonio Michelli, *Curso de direito tributário*, p. 15.

³ Gian Antonio Michelli, *Curso de direito tributário*, p. 16.

⁴ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 404/405.

⁵ “É que sem justiça não há Direito. A desobediência da norma imposta é imperativo social determinado pelas leis naturais, e se a força não reduz, de imediato, o espírito de não-conformação popular, o tempo, ao tirar legitimidade da injustiça normativa, termina por atingir a lei e seu criador” - Ives Gandra Martins, *Sistema tributário na Constituição de 1988*, p. 14.

É usual contrapor aos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, constitucionalmente garantidos, deveres correspondentes por partes do Estado de não violar, a igualdade ou liberdade que forma o conteúdo destes direitos.⁶

Abrolham-se então, do ordenamento jurídico processual, medidas protetivas a fim de garantir que os direitos violados regressem ao *status quo*.

E é dentro deste tema jurídico que se encontra o Mandado de Segurança – remédio constitucional para proteger direito líquido e certo com moléstia atuante ou iminente *contra legem*.

Tal proteção insurge-se da necessidade de combater atos ilegais praticados com abuso de poder por autoridades fiscais; Estado.

Desta forma, o Mandado de Segurança está centrado na eliminação dos atos, praticados pela autoridade pública, acoimados de ilegalidade ou abusividade.

Ilegalidade⁷ no sentido de restar estampada pelo descompasso entre a causa e o efeito quando se trata de competência vinculada, na qual a predisposição dos atos praticados, com o fim vinculado pela norma jurídica, é obrigatória. E abusividade, quando configura-se autêntico o desvio da competência da autoridade, a qual, sob o manto da discricionariedade, executa atos abusivos em prejuízo do cidadão ou da coletividade.⁸

Imperativo, portanto, observar a natureza cognitiva do Mandado de Segurança que é enriquecida por uma etapa processual cautelar, respeitante à possibilidade de concessão do provimento liminar.⁹

Desta forma, o ordenamento jurídico consecutivamente almeja trazer, com celeridade, proteção àquele que possui seu direito – líquido e certo – frontalmente violado, por aquele que tem o dever de protegê-lo.

Portanto, inicialmente estudaremos a origem histórica do Mandado de Segurança, adentrando, conseqüentemente, na questão constitucional deste instrumento processual. Ademais, examinaremos a conceituação do direito líquido e certo e o instituto da liminar sob

⁶ “Se se aceita que apenas existe um dever jurídico de realizar uma determinada conduta quando a ordem jurídica torna a conduta oposta pressuposto de uma sanção, se é juridicamente obrigado a uma determinada conduta apenas o indivíduo que, pela sua conduta, não só pode cumprir o dever mas também – e especialmente – o pode de violar, então, sujeito do dever atribuído ao Estado é o indivíduo que – como órgão do Estado – tem de, pela sua conduta, cumprir este dever e que, portanto, o pode violar através de sua conduta” - Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 406.

⁷ “Alude-se a ‘ilegalidade’ para indicar que a decisão atacada infringe a disciplina legal, uma vez que recuso ao interessado um direito cujos pressupostos e extensão constam da lei” - Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, p. 773.

⁸ José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 35.

⁹ Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 47.

a ótica do Código de Processo Civil. Em sequência aprofundaremos o estudo no ponto central deste trabalho, uma vez que analisaremos a liminar no Mandado de Segurança Individual e Coletivo, em matéria tributária. Por derradeiro, far-se-á um breve exame sobre a hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, inserta no artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

2 RELATO HISTÓRICO SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA

2.1 Origem histórica do mandado de segurança no direito brasileiro

O Mandado de Segurança teve a sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Carta Magna de 1934,¹⁰⁻¹¹⁻¹² estabelecendo como requisito essencial a necessidade de haver manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato praticado por qualquer autoridade pública.¹³⁻¹⁴

Em virtude da implantação da ditadura do Estado Novo, durante o governo de Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 não previu o instrumento do Mandado de Segurança,¹⁵ perante a centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e autoritarismo que prevaleciam naquele período governamental.

Entretanto, após a queda de Vargas e o fim do Estado Novo, o Mandado de Segurança ressurgiu com a publicação da quinta Carta Constitucional,¹⁶ de 1946, a qual definiu amplamente a impetração deste importante instrumento processual,¹⁷ sempre que houvesse justa e motivada violação de direito líquido e certo.¹⁸⁻¹⁹

¹⁰ “Projeto João Mangabeira. Frustrada a ‘teoria brasileira’ com a reforma constitucional de 1926, tornou-se premente a necessidade de previsão expressa de garantia imediata e eficaz contra abusos do Poder Público. Relata José da Silva Pacheco, que com o fito de obter a submissão dos atos administrativos aos tribunais, ‘a ação sumária especial da Lei nº 221, de 1894, foi a primeira tentativa republicana, que se mostrou deficiente pela incompreensão dos juízes, inércia dos interessados e imperfeição do sistema’. Tarefa obviamente impensável com a Revolução de 1930, basta que se recorde que o Decreto nº 18.398, de 11 de novembro de 1930, tornava insuscetíveis de apreciação os atos do Governo Provisório, mas que veio a ser levada a efeito, graças à significativa ajuda do movimento ‘Constitucionalista’, de 9 de julho de 1932, com o advento da Constituição de 1934, acolhendo o Projeto João Mangabeira para o denominado mandado de segurança, em denominação possivelmente adotada por influência das Ordenações Filipinas (1936), que permitia ao particular solicitar ao juiz segurança quando sofresse ameaça (privada) a si ou à pose exercida sobre seus bens” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 555/556.

¹¹ Art. 113, inciso XXXIII.

¹² “Desde o nascimento do mandado de segurança, sob a égide da Constituição de 1934, sobrelevou-se a importância desta ação quanto à tutela do jurisdicionado em face dos desmandos da autoridade pública. Inicialmente previsto apenas na Constituição, o mandado de segurança passou a ter, depois, também previsão infraconstitucional (cf. Lei 191/1936), fato que imprimiu uma característica peculiar a este instrumento, ao contar com dupla previsão (constitucional e legal), reforçando a sua importância como ação de tutela à liberdade pública” - José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 24.

¹³ “O mandado de segurança foi introduzido no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1934, como desdobramento do *habeas corpus*, a fim de colmatar as áreas remanescentes deste remédio heroico” - Carlos Alberto Garcete, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 9.

¹⁴ Norma regulamentada pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936; revogada pelo CPC de 1939.

¹⁵ “Tal Constituição retirou a dignidade constitucional do mandado de segurança que, todavia, restou vigente e eficaz, pois ainda regulado pela legislação ordinária não revogada (Lei nº 191/36), tendo, contudo, sofrido restrições, vedado que foi o seu uso contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores (Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937)” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 556.

¹⁶ Art. 141, § 24 - “Para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘*habeas corpus*’, conceder-se-á Mandado de Segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder”.

¹⁷ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 148.

¹⁸ “Além das tradicionais previsões já constantes nas demais Constituições, a Constituição de 1946, assegurou a concessão do mandado de segurança, para a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*,

Por sua vez a Constituição de 1967, embora autoritária, em virtude do golpe militar de 1964, manteve a previsão do Mandado de Segurança, perante as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 1/1969.²⁰

Com a edição da atual Constituição Cidadão de 1988, observou-se que o constituinte não só foi cauteloso ao proteger o direito individual,²¹ como também abarcou a proteção do direito coletivo,²² dilatando, assim, a garantia prevista na Constituição anterior.²³

De tal modo, o *writ*²⁴ continua sendo instrumento a serviço da liberdade dos cidadãos no gozo de seus direitos subjetivos, ao passo que quanto menor o número de obstáculos legislativos à impetração deste instrumento processual, certamente maior é o grau de reverência do Parlamento brasileiro ao princípio da supremacia da Constituição (primado de Direito), o que implica verdadeiro aprimoramento das instituições democráticas do País.²⁵

Posto isso, é de rigor complementar este estudo histórico com as exatas palavras do festejado jurista Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, que assim asseverou: “Com a criação do mandado de segurança em 1934, a sua manutenção constitucional em 1946 e 1967 e a sua ampliação na Lei Magna de 1988, o Estado brasileiro estabelece uma notável, especial e eficiente garantia destinada a ser o grande acessório no amparo não apenas de direitos especialmente declarados pela Constituição, mas, sim, de todos aqueles que sejam líquidos e certos, violados pelas mãos do Poder Público”.²⁶

seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” - Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, p. 15.

¹⁹ “Não mais se exigia ‘direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal’ (1937), mas a fórmula mais aceita e menos restritiva de ‘direito líquido e certo’, que impunha, como acertadamente dissertou Alfredo Buzaid, o resguardo da ameaça ou violação de direito com execução imediata e específica do julgado” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 557.

²⁰ “A Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma *substancial alteração formal* na enumeração dos direitos humanos fundamentais” - Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, p. 16.

²¹ Art. 5^a, inciso LXIX – “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘*habeas-corpus*’ ou ‘*habeas-data*’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

²² Art. 5^a, inciso LXX – “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

²³ Norma regulamentada pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

²⁴ “Dada a sua conotação mandamental, tornou-se corrente a utilização da expressão *writ* (do inglês: ‘ordem escrita’), herdada do direito anglo-saxônico, na seara da ação de mandado de segurança e espraiando-se para outras ações de procedimento especial célere” - Carlos Alberto Garcete, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 10.

²⁵ James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 560.

²⁶ Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, *Mandado de Segurança: notícia histórica*, p. 64.

2.2 O mandado de segurança sob a disciplina da lei 1.533/1951

Sob a vigência da Constituição de 1946, a Lei 1.533 foi publicada em 31 de dezembro de 1951 e, por se tratar de norma processual, passou a vigorar na mesma data de sua publicação,²⁷ até o advento da nova lei em 2009.

Em detrimento da previsão inserta no Código de Processo Civil de 1939, a regulamentação do Mandado de Segurança ficou a cargo da Lei 1.533/1951,²⁸ que implantou uma série de alterações no âmbito processual do *mandamus*,²⁹ procurando conciliar a legislação ordinária com o texto constitucional de 1946.³⁰

Apesar da reprovação inicial por parte da doutrina, constatou-se, com o tempo, que o texto legal era idôneo e eficaz em relação à defesa dos interesses que colimava proteger.³¹

Aliomar Baleeiro (1999) destaca que após a edição da Lei 1.533/1951 surgiram outras normas³² prevendo alterações diretas ou indiretas para a disciplina do Mandado de Segurança, bem como diversos atos institucionais,³³ visando alterar o regime do *writ*, sem implicar, contudo, em consequências significativas.

Em razão das sucessivas mudanças da legislação, o Mandado de Segurança passou a apresentar uma nova aparência, preocupando, por conseguinte, o Poder Público em restringir a concessão e o alcance das medidas liminares. No entanto, a jurisprudência mostrou-se mais relutante em aceitar tais restrições ao poder geral de cautela do magistrado.³⁴

²⁷ “Todas as leis relativas ao mandado de segurança, como toda e qualquer lei processual civil, têm aplicação imediata aos feitos em curso, ressalvados, evidentemente, os atos processuais já praticados ou os prazos processuais já deflagrados de acordo com a lei antiga. Respeitada eventual *vacatio legis*, portanto – que, no silêncio da lei nova, presume-se de quarenta e cinco dias contados de sua publicação oficial, de acordo com o art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, não alterada pela Lei Complementar n. 95/1998, que disciplina o ‘processo legislativo’ – sua eficácia é imediata” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 15.

²⁸ “Escoimaram-se enfaticamente, a bem da plena cidadania, as inadmissíveis restrições em razão da pessoa (‘seja qual for a autoridade pública’) ao uso do mandado de segurança, através da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que, ao regulamentar o procedimento para o remédio constitucional, revogou expressamente as normas do Código de Processo Civil pertinentes ao mandado de segurança” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 557.

²⁹ Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 29.

³⁰ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 149.

³¹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 149.

³² Leis: 2.140/1955; 2.770/1956; 4.166/1962; 4.348/1964; 4.357/1964; Lei 5.869/1973 (CPC); Lei 6.071/1974.

³³ Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964; Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965; Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965.

³⁴ “O art. 1º da Lei 8.076/1990 estabeleceu as hipóteses em que ficavam suspensas, até setembro/1992, as concessões de medidas liminares nos processos de mandado de segurança e nos procedimentos cautelares. A sentença nesses feitos só produziria efeitos após a confirmação pelo Tribunal Competente (parágrafo único)” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 149.

2.3 A nova lei do mandado de segurança

Ante a imprescindível necessidade de congregar todas as disposições atinentes ao Mandado de Segurança em um único e coerente texto,³⁵ ajustado às novas condições decorrentes da evolução do País em mais de meio século e ao restabelecimento do Estado de Direito,³⁶ criou-se a Lei 12.016, publicada em 7 de agosto de 2009.

Objetivou-se criar uma lei equilibrada e eficiente, garantindo os direitos individuais e coletivos,³⁷ sob um julgamento célere, obedecendo, contudo, o direito de defesa, tanto da autoridade coatora como da entidade pública que ela integra.³⁸

Em que pese o grande e reconhecido esforço dos nobres legisladores, por infortúnio, em certos casos descuidadamente e em outros propositalmente, determinadas questões não foram devidamente observadas³⁹ durante a formulação da nova lei, ao passo que restou abranger certos temas com entendimentos já consolidados nos tribunais superiores, sendo alguns inclusive sumulados.⁴⁰

É notório que se pretendeu com a nova lei, incorporar avanços e consolidações doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos temas nela regulados. Contudo, como bem salientado por Cassio Scarpinella Bueno, a Lei 12.016/2009 também consolidou inúmeras questões restritivas, ao instituir “a caducidade da medida liminar; a exigência de caução para a concessão de medida liminar em alguns casos; o pedido de suspensão e o pedido de suspensão da não suspensão; a vedação, pura e simples, da execução provisória em mandado de segurança toda vez que a liminar for vedada; a necessidade de desistência do mandado de

³⁵ Art. 29 – “Revogam-se as Leis n.s 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3o da Lei no 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1o da Lei no 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei no 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2o da Lei no 9.259, de 9 de janeiro de 1996”.

³⁶ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 150.

³⁷ “Num momento de grandes transformações no âmbito material e processual, a modernização na lei do mandado de segurança foi bem-vinda, especialmente pela inserção do procedimento de sua modalidade coletiva (cf. arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009), cuja lacuna legislativa persistia em razão da ausência de disciplina legal expressa que regulasse seu procedimento, desde a promulgação da CF/1988” - José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 25.

³⁸ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 150.

³⁹ “A retirada de todas as Propostas apresentadas pelo Senador Valter Pereira à Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal pelas razões já expostas (...) mostra o quanto há, ainda, para meditar, escrever e discutir para demonstrar, sempre com devidas vênias, que muitas das soluções dadas pela Lei n. 12.016/2009 não guardam nenhuma afinidade com o *sistema processual civil* hoje vigorante e, por isso mesmo, não têm condições de criar um *melhor* ou mais eficiente *acesso à Justiça* nos moldes preconizados pelo tão difundido Pacto Republicano. Em muitos pontos, com efeito, a Lei n. 12.016/2009 é uma lei que já nasce defasada, bastante defasada; uma lei que terá dificuldades para dialogar, como deveria, com o pensamento contemporâneo dos direitos fundamentais e do direito processual civil” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 22.

⁴⁰ José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 26.

segurança coletivo para o impetrante individual beneficiar-se da decisão a ser proferida no mandado de segurança coletivo, entre outros pontos que devem ser analisados com extrema cautela ao serem estudados e aplicados”.⁴¹

Diante das discrepâncias observadas na Lei 12.016/2009, em meados de 2009, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.296⁴²⁻⁴³ foi proposta pelo Conselho Nacional da OAB, arguindo a inconstitucionalidade de seis dispositivos, quais sejam:

- 1) Atos de gestão previstos no parágrafo 2º do artigo 1º – impedimento do *mandamus* contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, sociedade de economia mista e concessionárias de serviço público;
- 2) A faculdade dada ao juiz prevista no inciso III do art. 7º – possibilidade de exigência de caução, fiança ou depósito para garantir o ressarcimento da pessoa jurídica, ao despachar a inicial e ordenar o ato impugnado;
- 3) A vedação da liminar e a modificação do regime dos funcionários públicos previstas no parágrafo 2º do artigo 7º – impedimento a concessão da medida liminar para compensação de créditos tributários e entrega de mercadoria importada e a reclassificação, aumento ou extensão de vantagens a funcionários públicos;
- 4) Concessão de liminar mediante prévia audiência prevista no parágrafo 2º do artigo 22 – audiência da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas antes da concessão de liminar em mandado de segurança coletivo;
- 5) Prazo de decadência previsto no artigo 23 – manutenção do prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança;
- 6) Ausência dos honorários de sucumbência prevista no artigo 25 – inadmissibilidade da condenação do vencido ao pagamento de honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora.

Não obstante a análise dos temas supostamente inconstitucionais levantados pela OAB, o Congresso Nacional limitou-se a esclarecer que o processo legislativo foi devidamente respeitado, ao passo que fora realizado nos exatos termos constitucionais. Por

⁴¹ Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 18.

⁴² Relatoria do Ministro Marco Aurélio.

⁴³ “1. Esta ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto dispositivos da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, a qual disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. A racionalidade própria ao Direito direciona no sentido de aguardar-se o julgamento definitivo. 2. Aciono o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99. Providenciem as informações, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República. 3. Publiquem” - STF, Despacho proferido pelo Ministro Marco Aurélio ao receber a ADI 4.296, publicado em 29/10/2009 no DJe.

fim, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer, em maio/2011, sugerindo o conhecimento parcial e a improcedência da ação.

E é neste limiar que a ADI nº 4.296 se encontra, até a presente data, sem decisão final da Corte Suprema, fato que demonstra, com nitidez, o total desmazelo do Poder Judiciário em julgar definitivamente as inconstitucionalidades há muito apontadas.

Neste contexto de inconstitucionalidade importante destacar a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.403-DF,⁴⁴ também ingressada pelo Conselho Nacional da OAB, em abril de 2010, arguindo a inconstitucionalidade do § 2º do art. 14 da Lei 12.016/2009.⁴⁵

Percebe-se que a preocupação do Conselho Federal da OAB, em todos os temas abordados nas ADIs, fundou-se na impossibilidade de limitar o manejo do Mandado de Segurança, por intermédio de lei ordinária, pois esta não se sobrepõe a garantia constitucional.⁴⁶

Entretanto, a nova lei se preocupou em robustecer a garantia do direito líquido e certo,⁴⁷ que até então dependia de regulamentação infraconstitucional específica,⁴⁸ especialmente processual, para viabilizar, pela via judicial, a devolução do direito violado.

O ilustre Hely Lopes Meirelles conclui de maneira soberana o tema aqui abordado, ao explicar que “o Estado de Direito somente existe quando garante a efetiva proteção aos direitos individuais, coletivos e sociais, com o manejo de instrumentos hábeis e adequados para a persecução da finalidade colimada. A atual Lei do Mandado de Segurança revê justamente essa preocupação, para garantir a pronta e rápida defesa de interesses individuais e coletivos, sem prejuízo da obediência ao princípio da ampla defesa”.⁴⁹

⁴⁴ Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; ainda pendente de julgamento pelo STF.

⁴⁵ “O referido dispositivo dá à autoridade coatora o direito de interpor apelação em face da sentença no mandado de segurança. Na visão do autor, isto permitiria à pessoa natural, sem inscrição na OAB, manejar o recurso, e portanto violaria o art. 133 da CF, que estabelece o advogado como indispensável à administração da Justiça” – Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 170.

⁴⁶ “As alegações do Conselho Federal da OAB fundamentou-se na necessidade de não admitir limitações decorrentes da lei ordinária ao uso do mandado de segurança, por se tratar de garantia constitucional, que não deveria sofrer regulamentação restritiva” – Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 168.

⁴⁷ “Ao conceituar o mandado de segurança e definir o seu campo de atuação, o projeto mantém, em linhas gerais, o direito anterior, indicando como destinatário qualquer pessoa física ou jurídica, em garantia de direito líquido e certo” – Exposição dos Motivos n.824, concernente ao Projeto de Lei que se transformou na Lei 12.016/2009, Gilmar Ferreira Mendes e José Gregori.

⁴⁸ “O ponto de partida para a análise das disposições contidas na Lei 12.016/2009 é a norma constitucional. Assim, os limites previstos pelo legislador infraconstitucional não poderão ser considerados, sempre que afrontarem princípios constitucionais” – José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 26.

⁴⁹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 172.

Assim, constata-se que a nova lei do Mandado de Segurança, apesar de conter algumas distorções, atende o modelo constitucional do *writ*, ao passo que institui normas reguladoras de caráter efetivo, seja na proteção preventiva ou repressiva dos direitos fundamentais de toda a sociedade.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

3.1 Prestação jurisdicional

Como é cediço, o Estado deve observar os limites que a norma constitucional lhe impõe ao exercer a tributação, principalmente na seara dos direitos subjetivos públicos das pessoas. Deste modo, partindo deste preceito, a Constituição assegurou, por meio de proibições, o conteúdo possível das leis tributárias, ao passo que os entes federativos devem respeitar os direitos individuais e suas garantias⁵⁰ ao utilizarem a suas competências tributárias.⁵¹

E dentro deste contexto, havendo plausibilidade da ameaça ao direito, seja no âmbito tributário ou em qualquer outro campo do Direito, o Poder Judiciário, no exercício de sua jurisdição, obrigatoriamente intervirá, mediante manifestação, aplicando o direito ao caso concreto e, conseqüentemente, efetivando o pedido de prestação judicial⁵² requerido.

É princípio básico que rege a jurisdição, a indeclinabilidade⁵³ da prestação jurisdicional,⁵⁴⁻⁵⁵⁻⁵⁶ uma vez que toda violação de um direito responde uma ação correlata, independentemente de lei especial que a outorgue.

E perante essa conjuntura, a Carta Federal de 1988 trouxe expressamente a garantia⁵⁷ de diversos *writs*,⁵⁸ expandindo significativamente os regimes anteriores, o que demonstra a

⁵⁰ “O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV)” - Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 187.

⁵¹ “A Constituição não só consagrou direito; também os garantiu” - Roque Antonio Carraza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 203.

⁵² “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível” - STF (RE 158655, Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 20/08/1996, DJ 02/05/1997).

⁵³ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, p. 188.

⁵⁴ “Poder nacional, jungido à garantia constitucional da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), ao Judiciário incumbe prover, em casos inadiáveis, para que a interrupção dos serviços de um setor do seu mecanismo não frustre o direito dos que reclamem a prestação de Justiça” - STF (HC 68653, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 11/06/1991, DJ 28/06/1991).

⁵⁵ “Ao tratar ‘dos direitos individuais e coletivos’, o art. 5º da CF dispôs também sobre direitos e deveres relacionados com a prestação jurisdicional. Três incisos interessam, de modo particular, ao tema deste estudo: : o n. XXXV – ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’; o inciso LVI – ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’; e o n. LV – ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados e geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Destes dispositivos, vistos em seu conjunto, podem-se extrair os contornos mais importantes da função jurisdicional como função estatal organicamente sistematizada” - Teori Albino Zavascki, *Restrições à Concessão de Liminar*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 60.

⁵⁶ “A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto esta a essência da norma inserta no inciso XXXV do artigo 5º, da Carta da Republica” - STF (RE 172084, Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 29/11/1994, DJ 03/03/1995).

expressiva pretensão do constituinte em albergar, com eficácia, a defesa das garantias individuais dos cidadãos.⁵⁹⁻⁶⁰

Com brilhantismo James Marins, tributarista de escol, aprofunda o presente estudo ao considerar que a norma constitucional relativa ao Mandado de Segurança possui “*eficácia absoluta plena*”, sob as seguintes razões: primeiro, por veicular uma *garantia individual*, tornando insuscetível de alteração; segundo, por não conter o elemento “*vaguedad*”⁶¹ em seu conteúdo, capaz de exigir norma infraconstitucional; terceiro, por não fazer remissão à lei ordinária ou complementar, com fins de regulamentação; e por derradeiro, por ter aplicabilidade imediata,⁶² ao passo que se trata de cláusula pétrea.⁶³

Neste ínterim, entende-se que o Mandado de Segurança é instrumento perene do direito brasileiro, e sua utilização independe de regulamentação,⁶⁴ devendo ser aplicado assim que houver ameaça ou violação a direito líquido e certo, em razão de sua eficácia imediata.

No que tange a dispensa de regulamentação para aplicação do *mandamus*, parte da doutrina afirma que é imprescindível ir além do contexto fático, ao passo que para ter satisfação plena da garantia constitucional é prudente a criação de uma instituição regulamentadora de procedimento judicial.⁶⁵

⁵⁷ Art. 5º, parágrafo 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁵⁸ “Convém salientarmos que o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data* são as garantias por excelência dos chamados direitos fundamentais. Evidentemente, o *habeas corpus*, o mandado de injunção e o *habeas data* só podem beneficiar o homem, o ser humano, a pessoa física. O mandado de segurança, porém pode ser impetrado também pelas pessoas jurídicas” - Roque Antonio Carraza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 204.

⁵⁹ James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 559.

⁶⁰ “Para a tutela contra ilegítimas limitações dos direitos fundamentais, que eventualmente, venha a ser levada a efeito do Poder Judiciário ou por seus agentes (autoridade pública), o indivíduo e a pessoa jurídica (nacional ou estrangeira) têm a sua disposição remédios e recursos administrativos e jurisdicionais” - Roque Antonio Carraza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 203.

⁶¹ Conceitos éticos ou terminologia imprecisa ou equívoca.

⁶² Art. 5º, parágrafo 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

⁶³ James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 560/561.

⁶⁴ “A exemplo de todos os direitos e garantias definidos na Constituição, prescinde o mandado de segurança de qualquer disciplina infraconstitucional para seu funcionamento e aplicação concretos, nos exatos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Evidentemente que lei alguma (anterior ou posterior à Constituição de 1988) pode querer burlar a grandeza constitucional do instituto porque, rigorosamente e consoante expressa vontade do texto constitucional, qualquer lei que queira disciplinar o mandado de segurança. Nenhuma interpretação do texto legal pode, portanto, querer frustrar ou criar embaraços para o pleno desenvolvimento do mandado de segurança e para o atingimento de sua missão constitucional” - Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, p. 5/6.

⁶⁵ “Por mais que se queira proteger o Mandado de Segurança das ingerências sociais, políticas ou conceituais, sejam duradouras ou sazonais que repercutem na conjuntura da legislação infraconstitucional, ou mesmo na perspectiva de Reformas ou Emendas Constitucionais, a circunstância de a mesmo ser uma garantia fundamental, não o coloca na posição satisfatória de atender aos seus objetivos com plenitude. Há necessidade de complementação da garantia para ser entendida, vivenciada e efetivada, o que implica no tratamento legislativo no plano hierárquico inferior à Carta Política. (...) É de se ressaltar que o caráter da regulamentação

As previsões insertas nos incisos LXIX e LXX, do artigo 5º da Carta Magna, conferem a garantia fundamental aqui examinada, assegurando ao cidadão proteção contra o ato abusivo ou ilegal derivado da atuação pública,⁶⁶ mediante a utilização do mecanismo processual do Mandado de Segurança.

Desta forma, podemos averiguar com nitidez no texto constitucional que o Mandado de Segurança, individual e coletivo, é detalhadamente definido e conceituado, já que garante, indubitavelmente, a proteção dos direitos fundamentais; vejamos:

- Art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”
- Art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal – “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

3.2 Efetividade

Com crescente importância no Estado de Direito, o Poder Judiciário foi consagrado como um poder autônomo e independente, desempenhando o papel de verdadeiro guardião da Constituição, bem como de administrador da Justiça, preservando, por conseguinte, os direitos humanos fundamentais e, mais especificamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais se tornariam vazios.⁶⁷

Este órgão independente e imparcial é imperioso para garantir a ordem governamental, o qual anseia pela observância da norma constitucional e mantém o Poder Federal e as autoridades dos Estados Federados em suas determinadas funções, além de consagrar a regra

deve ser orientado por uma visão explanadora e de abertura para que a garantia fundamental consiga se mostrar inteira e intocável, exercendo na prática, aquilo que se condensou como finalidade na elaboração teórica de seu enunciado. É com esse compromisso que o legislador deve disciplinar a pormenorização do Mandado de Segurança, fazendo com que o diploma legal que tiver essa incumbência, como catalizador de garantia fundamental e não se impregnar de um vetetismo assombroso em relação à essência do instituto, fórmula constitucional intocável” - Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 42/43.

⁶⁶ Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 39.

⁶⁷ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, p. 40.

de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania, razão maior da existência dos direitos humanos fundamentais.

Desta feita, em conformidade com a previsão inserida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição,⁶⁸ competirá ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito.

Reforçando a presente premissa, forçoso se faz destacar a proclamação contida no preâmbulo⁶⁹ da Carta Federal de 1988 que é enfático ao anunciar que o Brasil está instituído em um Estado democrático de direito, destinado a assegurar “a segurança” e “a justiça” como “valores supremos” da nação.

Como fora muito bem sustentado por Humberto Theodoro Júnior, “o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos sem contraditório e ampla defesa (princípio da segurança jurídica). (...) Urge, então, harmonizar os dois princípios – o de *efetividade da jurisdição* e o de *segurança jurídica* – e não fazer com que um simplesmente anule o outro”.⁷⁰

Pode-se afirmar, portanto, que o Direito, ao ser positivado, confere segurança às pessoas, criando condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a ser senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros.⁷¹

Permeando este contexto e submergindo aos direitos fundamentais democráticos e individuais, entende-se que estes são direitos constitucionais de eficácia e aplicabilidade imediata,⁷² não sendo, de tal modo, carecedores de enunciado próprio, condicionado a legislação ulterior.⁷³

⁶⁸ Art. 5º, inciso LXIX – “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁶⁹ Preâmbulo – “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa Do Brasil”.

⁷⁰ Humberto Theodoro Júnior, *Tutela de Segurança*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 106/107.

⁷¹ “Com efeito, uma das funções mais relevantes do Direito é ‘conferir certeza à incerteza das relações sociais’ (Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares, qualquer resquício de arbítrio. Como o Direito é a ‘imputação de efeitos a determinados fatos’ (Kelsen), cada pessoa tem elementos para conhecer previamente as consequências de seus atos” - Roque Antonio Carraza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 208.

⁷² Art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

⁷³ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, p. 24.

Outro ponto que merece ser abordado alude-se à simplificação do trâmite processual dos remédios constitucionais, objetivando a efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais que foram ou que estão na iminência de serem violados.

Nítidamente o legislador pretendeu desobstruir muitos obstáculos processuais, ao isentar as custas processuais, dar preferência em relação às demais demandas, possibilitar a apreciação e concessão de liminar *inaudita altera parte*, entre outros pontos de extrema relevância.

Todavia, excepcionalmente em relação ao Mandado de Segurança, o legislador achou por bem instituir a obrigatoriedade das custas processuais como requisito de admissibilidade, sob pena de indeferimento preliminar do *mandamus*.

Não se olvida que este fato colide frontalmente com a essência dos remédios constitucionais, que necessitam de um processo mais dinâmico e eficiente, ao passo que sempre buscam proteger os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Posto isso, é primordial a garantia de supremacia dos direitos humanos fundamentais, com uma efetividade imediata, pois além de configurar limites ao poder do Estado, representa também parcela da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito.⁷⁴

⁷⁴ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, p. 41.

4 O DIREITO LÍQUIDO E CERTO

4.1 Conceito

Desde o início da primeira previsão mandamental, na Constituição de 1934, preocupou-se em proteger direito incontroverso, ao passo que a expressão “direito certo e incontestável”⁷⁵ foi utilizada no texto constitucional, vejamos:

- Art. 113, inciso XXXIII – “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do 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 petições competentes”.

Em razão de inúmeras críticas materializadas acerca da expressão supramencionada, adotou-se, a partir da Constituição de 1946, a expressão “direito líquido e certo”, *in verbis*:

- Art. 141, § 24 - “Para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘*habeas corpus*’, conceder-se-á Mandado de Segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder”.

Assim sendo, por se tratar de um tema de demasiada importância ao ordenamento jurídico brasileiro, entende-se imprescindível a análise conceitual.

Hely Lopes Meirelles, no alto de seu magistério, asseverou que “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança”.⁷⁶

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz conceitua o direito líquido e certo como “aquele que não precisa ser apurado, em virtude de estar perfeitamente determinado, podendo ser exercido imediatamente, por ser incontestável e por não estar sujeito a quaisquer controvérsias. Para protegê-lo, é cabível mandado de segurança”.⁷⁷

⁷⁵ “Exige-se direito certo, direito incontestável, direito fora de dúvida (...) há de ser o direito, manifestamente ilegal a violência (...) aquele contra o qual se não podem oppôr motivos ponderáveis e sim meras e vagas alegações cuja improcedencia o magistrado pode recolher imediatamente sem necessidade de detido exame” – trecho da primeira sentença que teria sido proferida no Brasil, em ação de mandado de segurança, pelo Juiz Francisco Tavares da Cunha Mello.

⁷⁶ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 37.

⁷⁷ Maria Helena Diniz, *Dicionário jurídico*, p. 194.

Ou seja, é o direito indubitado que se pode demonstrar de plano, sem a necessidade de dilação probatória, pois detém em sua essência a cogente certeza e liquidez.

É direito oriundo de fato certo, que mediante a apresentação de documentos inequívocos pode ser comprovado de pronto sem qualquer espécie dilatória, ao passo que se necessitar de comprovação ulterior o direito não será considerado como líquido e nem ao menos como certo.

Não se deve negar que é sobre o fato que incide o atributo de imprecisão e certeza do direito, devendo ser interpretado apropriadamente para se tornar incontroverso.

No entanto a simples comprovação não basta, pois é imprescindível a demonstração do nexo entre o fato e o direito,⁷⁸ para a concretização do direito líquido e certo.

Em virtude da presença do princípio da celeridade no *mandamus*, admitindo apenas e tão-somente a apresentação da prova pré-constituída, exige-se que os fatos⁷⁹ estejam evidenciados, de maneira incontroversa,⁸⁰ na peça exordial.

Eis a lição de Alfredo Buzaid ao afirmar que “alguns arrestos do Supremo Tribunal Federal esclarecem que, para impetração de mandado de segurança, direito e fato se integram numa unidade incindível. Se o fato não está comprovado, o direito não incidiu. Fato não comprovado e fato comprovado são dois conceitos que a análise distingue claramente. O fato não comprovado em juízo (no mandado de segurança a prova é sempre documental) não existe para o magistrado”.⁸¹

Nos moldes da Súmula 625 do STF – “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.” –, cabe frisar que os fatos que devem ser incontroversos e não o direito invocado pela impetrante, que pode ter sua complexidade destrinchada nos lindes do remédio heroico.⁸²

⁷⁸ “No plano geral e abstrato das normas jurídicas não há *direito subjetivo*. O Direito subjetivo do particular surge com a incidência da norma em um ‘caso concreto’. Todo o direito subjetivo, portanto, exerce-se em função de uma situação fática, concreta. Quando a situação fática está comprovada documentalmente ou decorre de fatos de comprovação desnecessária (como os fatos notórios) e existe pertinência lógica entre os fatos comprovados e a invocação de um direito subjetivo, diz-se que se trata de *direito líquido e certo*” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 565.

⁷⁹ “O conceito de ‘direito líquido e certo’ adotado pelo legislador é impróprio (e mal expresso) alusivo à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos *fatos e situações* que ensejam o exercício desse direito” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 37.

⁸⁰ “Se incertos os fatos não se ensinará a via angusta do mandado de segurança, neste particular. Por isso mesmo, parece-nos que, não obstante não tenha o inciso LXX do prefalado art. 5º tornado a se referir a direito líquido e certo, é incontroversa sua necessidade” - Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de segurança*, p. 31.

⁸¹ Alfredo Buzaid, *Do mandado de segurança*, p. 90.

⁸² “Por outro lado, a complexidade da matéria de direito não compromete a impetração da ação. A controvérsia jurídica é dirimida pelo juiz da sentença e não é causa de indeferimento do mandado de segurança” - José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 33.

Por sua vez, James Marins asseverou com brilhantismo que “a complexidade dos fatos e dificuldades hermenêuticas, por vezes comuns nas lides tributárias, não podem servir de obstáculos ao cabimento do mandado de segurança, não elidindo a possibilidade da existência do direito líquido e certo”.⁸³

O Supremo Tribunal Federal,⁸⁴ bem com o Tribunal de Justiça de São Paulo, já pacificaram o entendimento sobre a possibilidade de abarcamento, nas ações mandamentais, de assuntos com grau de complexidade elevado.⁸⁵

Logo, não constitui óbice à impetração e ao julgamento do Mandado de Segurança, a complexidade dos fatos e a complexidade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante.

Excepcionalmente a comprovação efetiva do direito líquido e certo poderá ser ulterior, quando a documentação necessária encontra-se na posse do Poder Público e este se recusa a disponibilizá-la. A própria Lei 12.016/09, traz essa previsão:

- Art. 6º, §1º - “No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias (...)”.

Outro aspecto que dever ser observado por aquele que pretende manejar Mandado de Segurança, ao se deparar com ameaça ou violação ao direito líquido e certo, é o princípio da veracidade e da legalidade⁸⁶ dos atos praticados por agente público (atos administrativos), que são tidos como verdadeiros e em consonância com o Direito, até prova em contrário.

Nesta senda, com fulcro no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, a prova deve ser demonstrada satisfatoriamente com a peça exordial, sob pena de não atender as condições da ação⁸⁷⁻⁸⁸ impostas pelo ordenamento processual, gerando a natural extinção da ação sem a resolução do mérito.

⁸³ James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 565.

⁸⁴ STF, RTJ 111/1.280.

⁸⁵ TJSP, RT 254/104, vide também TJMT, RT 446/213.

⁸⁶ “A ‘presunção de legalidade’ diz respeito à ‘conformidade do ato com a lei’; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A ‘presunção de veracidade’ diz respeito aos ‘fatos’; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração” - Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p.191.

⁸⁷ “Direito líquido e certo não deve ser entendido como ‘mérito’ do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesse retratado pela impetrante em sua petição inicial e levado para a solução definitiva ao Estado-juíz. Direito líquido e certo é apenas uma ‘condição da ação’ do mandado de segurança, assimilável ao ‘interesse de agir’ e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis. Mister entender o direito

Assim, o magistrado examinará, preliminarmente, se o direito líquido e certo atende as condições da ação, pois, sem a prova incontroversa dos fatos, não haverá o exame do direito levado ao Poder Judiciário.

A título ilustrativo, salienta-se que o próprio *caput* do artigo 1º da Lei 12.016/2009 estabelece que para a concessão do Mandado de Segurança deve-se atender os requisitos de liquidez e certeza do direito invocado, repetindo, assim, os requisitos previstos no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal.

Ao contrário do que a minoritária parte da doutrina sustenta, o direito líquido e certo tem natureza processual,⁸⁹ ao passo que a ação mandamental poderá ser reproposta⁹⁰ após sanado o vício que impossibilitou a comprovação, de plano, da liquidez e certeza exigida.

Sendo assim, por ser uma condição da ação, que necessariamente será avaliada na admissibilidade do mandado de segurança, o direito líquido e certo abrange natureza processual, não devendo ser confundido com o mérito.

Portanto, como fora brevemente demonstrado, o direito líquido e certo sucede de norma constitucional e depende da via processual para a sua proteção, desde que apresente todos os requisitos para ser reconhecido e exercido no momento da impetração do *mandamus*.

líquido e certo como a condição que torna o mandado de segurança a ação ‘adequada’ para a tutela da afirmação de direito do impetrante” - Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, p. 15.

⁸⁸ “O Mandado de Segurança apresenta uma ‘especial condição da ação, exteriorizada pela exigibilidade do direito líquido e certo’ ostentado por aquele que impetra a ordem. Sua característica está voltada eminentemente para o aspecto probatório, ou seja, a demonstração imediata e irretorquível do aparato fático que leva à possibilidade de automática subsunção ao direito que se busca exercitar, não havendo espaço para pendência, dilação ou divergência quanto ao encaminhamento da questão fática à qual se vincula a pretensão” - Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 53/54.

⁸⁹ “A locução direito líquido e certo é pobríssima, redundante em termos de linguagem, extremamente vaga, em sentido subjetivo e, sobretudo, tem como única finalidade o caráter processual” - J. M. Othon Sidou, *Do mandado de segurança*, p. 234.

⁹⁰ “A denegação da segurança por ausência de direito líquido e certo não impede a repropositura da ação, por não ter sido enfrentado o mérito da impetração, não fazendo, portanto, coisa julgada material, mas apenas formal” - STJ (EDcl no REsp 1.022.257, Relator: Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 12/02/2009).

5 A LIMINAR SOB A LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

5.1 Natureza jurídica

Após a reforma do Código de Processo Civil,⁹¹ em 1994, o novo texto do artigo 273⁹² passou a prever a possibilidade de concessão da medida liminar satisfativa⁹³ em qualquer ação de conhecimento, desde que observados os requisitos legais.

Como muito bem salientado por Humberto Theodoro Júnior é imperioso “o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal”.⁹⁴

Reforçando a precisa análise em epígrafe, Misael Montenegro Filho, sustenta que “a tutela antecipada se qualifica como pedido de natureza satisfativa, que pode ser formulado no âmbito de qualquer espécie de demanda judicial, com a intenção de que o autor conviva com os efeitos da sentença (total ou parcialmente) em regime de antecipação, mesmo antes da prolação do pronunciamento principal”.⁹⁵

Assim temos tutelas antecipativas no processo de conhecimento de natureza provisórias, com desempenho exclusivamente preventivo, e de natureza antecipatórias, com papel satisfativo.⁹⁶

A antecipação da tutela deve se limitar ao pedido, pois não se pode conceder mais do que o autor obteria se vencedor na totalidade da pretensão que deduziu em juízo. Tal limitação é imposta porque se antecipa o provimento de mérito ou algum efeito dele decorrente. De tal modo, a tutela antecipada está vinculada ao pedido e dele é dependente.

⁹¹ Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

⁹² “O que o novo texto do art. 273 do Código de Processo Civil autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio” - Humberto Theodoro Júnior, *Tutela de Segurança*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 104.

⁹³ “A satisfatividade pode ser de fato, porém nunca de direito. Esta (a de direito) somente será obtida com o trânsito em julgado da sentença” - Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de segurança*, p. 125.

⁹⁴ “São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final” - Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 417.

⁹⁵ Misael Montenegro Filho, *Código de processo civil com. e interp.*, p. 345.

⁹⁶ “Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero ‘tutelas de urgência’, é providência que tem natureza ‘mandamental’, que se efetiva mediante ‘execução’ latu sensu, com o objetivo entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento” - Nelson Nery Júnior, *Código de processo civil comentado*, p. 547.

Por se tratar de um direito subjetivo processual, cabe à parte exigir da Justiça a tutela jurisdicional urgente. Tal fato extrapola o poder discricionário do magistrado, ao passo que permite a provisória antecipação da decisão de mérito, em todo ou em parte, sem a necessidade de instrução processual.

Ante a presença dos pressupostos legais é vedado ao magistrado negar, de maneira pura e simples, a concessão da tutela antecipada, ou seja, não se admite que o juiz negue a tutela antecipada, após vislumbrar o preenchimento dos pressupostos legais (que serão analisados com exatidão no item 5.2) e estar convencido de que é necessária a medida.

E é exatamente neste contexto que se submerge o “princípio da necessidade”⁹⁷, que visa a efetividade da prestação jurisdicional em detrimento da demora no julgamento do mérito, que poderia gerar denegação de justiça.

O artigo 273 do Código de Processo Civil também prevê a possibilidade, em caráter preliminar, da execução provisória, total ou parcial, de determinada prestação que haveria de ser realizada após a prolação da sentença de mérito.

Desta forma, conclui-se que a natureza da tutela antecipada é satisfativa, eis que toda vez que o réu demonstrar comportamento avesso ao direito subjetivo do autor, seja agindo de modo omissivo ou negativo, cabe, mediante provocação, concessão da antecipação de tutela, com a finalidade de reconhecer, provisoriamente, o direito (subjetivo) do autor e impor ao réu a proibição de agir de maneira contrária ou incompatível.

5.2 Tutela de urgência e seus requisitos

No ordenamento jurídico brasileiro, em regra, cabe ao magistrado receber a demanda judicial, conhece-la e, *a posteriori*, proferir decisão, desde que esteja convencido dos fatos trazidos pelas partes,⁹⁸ assim, torna a operar o direito de acordo com a ciência da realidade e com a deliberação inteligente.

Entretanto, há casos em que não se pode cogitar a espera pela composição definitiva da lide por sentença, ao passo que o provimento final da justiça se tornaria improfícuo, porque o bem pleiteado terá desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada pelo ato judicial.

⁹⁷ Humberto Theodoro Júnior, *Tutela de Segurança*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 104.

⁹⁸ “Não deve o juiz, em princípio, portanto, autorizar medidas de alteração na situação jurídica patrimonial dos litigantes, antes que o acertadamente, operando por meio de segurança, se torne ‘firme’ ou ‘definitivo’ (coisa julgada)” - Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 56.

Nestes casos, o direito processual moderno arquitetou uma tutela jurisdicional diferenciada, alcunhando-a de tutela de urgência.

A Carta Constitucional positivou a presente premissa como garantia fundamental do indivíduo (Art. 5º, XXXV, da CF de 1988), protegendo, por conseguinte, o direito de ação e o direito de acesso à atividade jurisdicional do Estado.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, sintetiza tal questão ao sustentar que “quanto mais distante o pronunciamento judicial do momento tecnicamente adequado, tanto mais enfraquecida estará a eficácia da decisão. Ainda que de conteúdo irreparável, um julgamento tardio será considerado injusto, pois o atendimento à pretensão terá perdido o seu sentido”.⁹⁹

Assim, toda vez que a atividade jurisdicional se deparar com a efetiva existência de um direito deturpado, o Estado deve conceder a tutela que o assegura,¹⁰⁰ independente de que fase se encontra o processo.

Tutela de urgência é gênero que compreende tanto a espécie da medida cautelar, quanto a espécie da antecipação da tutela.¹⁰¹ Todavia, essas duas espécies distintas se assemelham em sua qualidade provisória, eis que se a decisão não for proferida de plano, poderá permitir a ocorrência de prejuízos graves ou de difícil reparação.

Como não se pretende estudar as duas espécies de caráter urgente, mas sim a importância da tutela de urgência, haja vista que o presente estudo está focado na liminar, far-se-á apenas uma breve diferenciação. Vejamos.

A tutela cautelar exige, na seara da cognição sumária, apenas como requisito para a sua concessão, a prova de dano grave ou de difícil reparação, bem como a plausibilidade das alegações, possuindo caráter não-satisfativo. Em compensação, a tutela antecipada possui requisitos probatórios mais rígidos, como verossimilhança das alegações e prova inequívoca, conforme previsão inserta no artigo 273, do CPC, possuindo caráter satisfativo provisório.

⁹⁹ “Não haverá adequação e, conseqüentemente, efetividade da tutela jurisdicional, se as dilações indevidas levarem a um pronunciamento intempestivo sobre o direito invocado” - Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, *Tutela de Segurança*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 177.

¹⁰⁰ “A falta de efetividade e adequação da prestação jurisdicional para compor o litúgio de forma justa pode representar, assim, sério risco à legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade, já que, um vez proibida a autotutela, os envolvidos no litúgio ver-se-iam impossibilitados de realizarem, de forma útil, seus direitos” - Joaquim Felipe Spadoni, *Tutela de Segurança*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 149.

¹⁰¹ “Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório” - Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 418.

Desta forma, a tutela cautelar, que é objeto de ação própria, apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória, cabível dentro da ação principal, realiza de imediato a pretensão.

Frise-se que a tutela de urgência, tanto na cautelar quanto na tutela antecipada, deverá ser aplicada unicamente em hipóteses extraordinárias, que não se embaraçam com a mera pretensão da parte ou do juiz.

As medidas de urgência não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais e quando há abuso de direito ou de poder (promovidos fora dos condicionamentos impostos pela lei).

Nessa ordem de ideias, verifica-se que as tutelas de urgência são essenciais à eficaz prestação jurisdicional do Estado, as quais tem a função de zelar pela proteção dos direitos ameaçados ou que estejam na sua iminência, desde que haja fundada comprovação.

5.3 Requisitos alternativos

Visando evitar que a liminar satisfativa se torne regra geral, fato que comprometeria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa, a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial.

A prova inequívoca¹⁰² tem o papel de autorizar o julgamento, ainda que prematuro, da lide, em virtude da existência de prova suficiente a demonstrar o direito carecedor da tutela urgente.¹⁰³

Contudo, além da verossimilhança das alegações e da prova inequívoca, pressupostos genéricos de natureza probatória, outros dois requisitos devem ser observados, alternativamente, para a concessão da tutela antecipada.

Configura-se, portanto, necessária a presença do *periculum in mora* (que representa o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação)¹⁰⁴ ou do abuso de direito de defesa do réu com manifesto escopo protelatório.

¹⁰² “A antecipação da tutela parte da premissa de que a prova produzida pelo autor é ‘qualitativa’ (embora não exauriente), autorizando a formação do convencimento do magistrado” - Misael Montenegro Filho, *Código de processo civil com. e interp.*, p. 346.

¹⁰³ “Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerece-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador” - Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, p. 420.

¹⁰⁴ “Essa urgência não tem o condão de transmutar sua natureza satisfativa-executiva em medida cautelar. Esse perigo, como requisito para a concessão da tutela antecipada, é o mesmo perigo exigido para a concessão de qualquer medida cautelar” - Nelson Nery Júnior, *Código de processo civil comentado*, p 553.

O *periculum in mora* é resultante da demonstração de impossibilidade de o autor aguardar pela prolação da sentença, sob pena de perecimento do direito material em disputa. O abuso do direito de defesa é requisito de natureza subjetiva, que diz respeito à adoção de expedientes processuais, em evidente excesso.

Deste modo, as duas circunstâncias distintas e não cumulativas entre si, previstas nos incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil, ensejam a antecipação dos efeitos da tutela.

Portanto, a tutela antecipada apenas será deferida se o magistrado restar convencido de que o quadro demonstrado pelo autor caracteriza, por parte do réu, abuso de direito de defesa com manifesto propósito protelatório, ou, independentemente da postura do réu, haja risco iminente para o autor de dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento de mérito da causa.

5.3.1 *Periculum in mora inverso*

A concessão da tutela antecipada nunca será irreversível, pois poderá ser revogada a qualquer tempo, perante a sua provisoriedade.¹⁰⁵ Porém, as implicações sucedidas podem ser imutáveis, ou seja, os efeitos decorrentes da execução da tutela antecipada podem originar prejuízos de difícil reparação ou até mesmo irreparáveis.

Diante disso, impõe-se ao magistrado a precisa análise do caso, sempre se atentando às probabilidades da reversibilidade do provimento e aos efeitos que tal alteração gerará às partes.

Deste modo, exige-se pronunciamento fundamentado, com as devidas considerações e razões que conduziram o juiz a conceder ou a negar a pretensão autoral, socorrendo-se nas normas e nos fatos acostados aos autos.

Contudo, a irreversibilidade nem sempre causará um obstáculo intransponível à concessão da tutela antecipada, já que, o autor, se vencido, será compelido a indenizar o réu pelos prejuízos causados.

¹⁰⁵ “O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável” - Nelson Nery Júnior, *Código de processo civil comentado*, p 553.

5.4 Decisão interlocutória e o agravo de instrumento

Como é cediço, os atos praticados pelo julgador que definem questões incidentais, antes da apreciação do mérito, são apresentados por decisões interlocutórias, consoante a dicção do artigo 162, parágrafo segundo do Código de Processo Civil.

De tal modo, a denegação ou concessão da tutela antecipada, *in limine litis* ou no curso do processo, configura decisão interlocutória,¹⁰⁶ que poderá ser rebatida mediante a interposição do recurso de Agravo de Instrumento.¹⁰⁷

É defeso a interposição do Agravo Retido contra decisão interlocutória que aprecia pedido de concessão de tutela antecipada, em razão da cogente existência de urgência. Não se vislumbra, assim, interesse recursal daquele que se utiliza de recurso impreciso a reverter decisão que examina tutela urgente, ao passo que em nada adiantaria esperar a sentença de mérito e, só depois, quando de eventual apelação, reiterar o agravo retido nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação.

Imperioso que em qualquer julgamento monocrático e prematuro do pedido de tutela antecipada, exista a possibilidade de provocar lesão grave ou de difícil reparação, motivando, portanto, a interposição do Agravo de Instrumento, para combater, com a maior celeridade possível, os efeitos da decisão.

¹⁰⁶ Nelson Nery Júnior, *Código de processo civil comentado*, p 553.

¹⁰⁷ “Como regra, o pedido de tutela antecipada é enfrentado no curso do processo, através de decisão de natureza interlocutória, gerando a interpretação do recurso de agravo de instrumento, pelo aspecto da lesividade, com apoio na parte intermediária do art. 522” - Misael Montenegro Filho, *Código de processo civil com./int.*, p. 346.

6 A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

6.1 Natureza jurídica - caráter satisfatório, acautelatório e antecipatório

Averiguou-se que a liminar é tutela antecipatória de urgência, concedida antes do exame de mérito, que visa assegurar direito ameaçado ou deturpado, para trazer efetividade processual.

Verificou-se também a natureza satisfatória da antecipação de tutela, que ao reconhecer, provisoriamente, o direito subjetivo do autor, impede a parte contrária de praticar atitude avessa.

Adentrando no âmbito do Mandado de Segurança Tributário, a liminar prevista no artigo 7º da Lei 12.016/2009 constitui tutela de urgência apropriada a proteger o direito líquido e certo,¹⁰⁸ ao passo que o seu provimento pode assumir natureza satisfativa, cautelar ou antecipatória.

O caráter imposto a cada natureza dependerá das eficácias sentenciasais que forem agregadas ao comando mandamental. Ou seja, a natureza da liminar está diretamente vinculada a causa de pedir formulada no Mandado de Segurança, diante da possibilidade de variação do pedido.¹⁰⁹

Quando se pleiteia medida liminar baseada no juízo de plausibilidade, nos esbarramos com a natureza satisfativa,¹¹⁰ uma vez que não se busca apenas uma medida assecuratória.

Porém, quando se busca liminar em razão do risco de lesão do direito, nos deparamos com a natureza cautelar, pois não se pretende definir direitos, mas sim assegurá-los.

Neste ínterim, a natureza antecipatória está mais conectada ao mérito, ao passo que além de buscar a proteção de um direito, anseia os efeitos da possível sentença favorável.

Assim sendo, a medida liminar assumirá natureza satisfativa se esgotar o objeto do pedido (plausibilidade do direito), adquirirá contorno cautelar quando objetivar assegurar uma

¹⁰⁸ “A medida liminar pode ter natureza cautelar ou satisfativa, e visa a garantir a eficácia do possível direito do impetrante, justificando-se pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 93/94.

¹⁰⁹ “Como a natureza do pedido formulado na ação de segurança poderá variar em função do caso concreto, a natureza cautelar, antecipatória ou satisfativa dependerá essencialmente da causa de pedir formulada no ‘mandamus’. (...) Da mesma forma que toda ação possui um mínimo de eficácia declarativa (Calamandrei) toda liminar também terá um mínimo de cautelaridade (porque preserva), sem prejuízo da revelação de outras eficácias (satisfatividade/antecipação)” - José Miguel Garcia Medina, *Procedimentos cautelares e especiais*, p. 57/58.

¹¹⁰ “Nas tutelas satisfativas em matéria tributária (fundamentalmente a antecipada), o mister de conferir ao contribuinte providência de índole precária (no sentido de não se revestir pelo manto da coisa julgada) que, guardada a presença de certos requisitos, comete-lhe a fruição, desde logo, do bem jurídico (“direito material”), indo além, portanto, de sua preservação (algo que seria típico da ideia de cautelaridade)” - Paulo Cesar Conrado, *Processo tributário*, p. 154.

pretensão (risco de dano), e visualizará natureza de antecipação se tiver pretensão provisória (pretensão de mérito).

A título de exemplo, na seara do direito tributário, a liminar no mandado de segurança poderá ter natureza:

- Satisfativa, quando permitir o levantamento do depósito efetuado em procedimento administrativo ou quando determinar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa;
- Cautelar, quando afastar qualquer cobrança tributária;
- Antecipatória, quando determinar a manutenção da certidão positiva com efeitos de negativa.

Vale lembrar também que a liminar satisfativa é concedida na decisão interlocutória, apta a garantir, até o julgamento definitivo, o plausível direito (*fumus boni iuris*) do impetrante.

Como fora muito bem escorado por Lúcia Valle Figueiredo, Cássio Scarpinella Bueno e José Manoel de Arruda Alvim, a satisfatividade da liminar pode ser de fato, porém nunca de direito, pois esta somente será alcançada com o trânsito em julgado da decisão.¹¹¹

Não se pode desprezar a questão da possível reversibilidade da liminar satisfativa, fato que nos faz abrir um pequeno parêntese.

A liminar satisfativa divide-se em duas subespécies, que ponderam se a medida admite retorno da situação fática ou não. Nos deparamos, assim, com a liminar satisfativa reversível, que comporta, no próprio processo, o regresso ao *statu quo ante* e a liminar satisfativa irreversível que impossibilita a volta ao estado anterior.

Para evitar que as medidas liminares satisfativas reversíveis se tornem incompatíveis com a ordem constitucional, forçoso se faz averiguar cautelosamente a real impossibilidade de assegurar a eficácia da sentença sem operar restrição ao direito demandado e, em alguns casos, exigir a prestação de contracautela (vide item 6.2.4).

Com relação às medidas liminares satisfativas irreversíveis, entende-se, que só deverão ser concedidas em casos de extrema excepcionalidade, sob pena de ferir frontalmente a legislação constitucional.¹¹² Normalmente defere-se tal medida quando um determinado direito constitucional se sobrepõe sobre outro (também constitucional).

¹¹¹ Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de segurança*, p 125.

¹¹² “Em princípio, as liminares satisfativas irreversíveis não se compatibilizam com o ordenamento constitucional. Sua concessão somente poderia ser legitimada em hipóteses absolutamente extraordinárias, quando verificado, concretamente, a iminência de, sem liminar, perecer outro direito constitucional considerado, nas circunstâncias, mais privilegiado” - Teori Albino Zavascki, *Restrições à Concessão de Liminar*; texto

Faz-se mister destacar que o conteúdo cautelar da liminar no Mandado de Segurança é unicamente semântico, não técnico.¹¹³ O que existe é a pretensão de acautelar/prevenir a produção de determinada lesão decorrente do ato de autoridade reputado como ilegal ou abusivo, mas não a constituição do Mandado de Segurança como uma espécie de ação cautelar.¹¹⁴

Não se olvida que a liminar no mandado de segurança se amolda com maior facilidade à figura da tutela antecipada, haja vista a necessidade de prova documental certa e inequívoca, apresentada de plano, sobre o direito afirmado.

Deste modo, conclui-se, nos mesmos moldes sustentados pelo renomado magistrado Federal, Paulo César Conrado, que “a tutela antecipada, como forma de tutela judicial satisfativa reconhecida pelo direito tributário brasileiro, constitui manifestação jurisdicional atípica, *diferenciada*, que foge, enfim, ao padrão *comum* das tutelas típicas do processo de conhecimento ou do processo de execução, afiguram-se inconfundivelmente, ademais, com a tutela diferenciada especialmente cautelar, dada sua vocação (da antecipação de tutela) de satisfazer, ainda que relativamente, a pretensão de “direito material” (tributários) pelo contribuinte formulada”.¹¹⁵

6.2 Concessão

Antes de nos socorrermos da farta doutrina que examina o presente tema, far-se-á uma abreviada análise da legislação em vigor que dispõe sobre o comando da liminar no Mandado de Segurança.

A Lei 12.016/2009, mais exatamente em seu artigo 7º, inciso III, autoriza o julgador, em fase preliminar, suspender o ato, praticado pela autoridade pública, que ensejou o pleito mandamental, observemos:

“Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido (...)”

contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 66.

¹¹³ James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 563.

¹¹⁴ “As medidas cautelares somente podem ser concedidas pelo juiz dentro de uma ação cautelar. As liminares, ao contrário, podem ser deferidas nos mais diversos tipos de ação, como, por exemplo, nas ações possessórias, na ação civil pública, no mandado de segurança, na ação de nunciação de obra nova, etc.” - Betina Rizzato Lara, *Liminares no Processo Civil*, p. 24.

¹¹⁵ Paulo Cesar Conrado, *Processo tributário*, p. 154.

Entretanto, para que o magistrado assim proceda, além da presença dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil (verossimilhança das alegações e prova inequívoca – estudados no capítulo 5, itens 5.2 e 5.3), imperativo se faz a existência de outros dois requisitos, previstos no mesmo ditame legal (acima suscitado), continuemos:

“(...) quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida (...)”

Nos deparamos, assim, com os reconhecidos institutos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, ocasião em que representam o risco de ineficácia do provimento final e a importância do fundamento, respectivamente.

Quanto a possibilidade de ineficácia da medida em caso de concessão vindoura, entende-se por ser tutela instrumental necessária a impedir prejuízo irreparável ou de difícil reparação caso seja concedida *a posteriori*. Ou seja, é a possível inocuidade da decisão de mérito, em razão da demora na prestação jurisdicional que configura este requisito.

Entende-se por pedido relevante, aquele que traz uma anunciação de certeza ao permitir o imediato convencimento do juiz e o consequente afastamento da constrição inconstitucional que atrita com direitos fundamentais.¹¹⁶ Há busca da prestação jurisdicional e subsunção aos fundamentos jurídicos necessários, que merecem acolhimento sob o enfoque de indubitável proteção.

Deste modo, estes requisitos¹¹⁷ devem concorrer para a concessão da medida liminar,¹¹⁸ afluindo na possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido apenas na decisão de mérito e na relevância dos motivos em que se assenta o pedido exordial.

Neste mesmo sentido entende Cássio Scarpinella Bueno ao estear que “ambos os pressupostos devem coexistir, isto é, mostrar a sua presença concomitantemente, sob pena de o pedido de medida liminar ser indeferido”.¹¹⁹

¹¹⁶ “No Estado de Direito o respeito à Constituição é sempre relevante. A obediência à legalidade, mais ainda à constitucionalidade, é de suma relevância (não para nós ou para qualquer outro). A relevância deflui como consequência inarredável. (...) Portanto, se a tese discute direitos fundamentais, o cumprimento da Constituição, certamente é relevante” - Lúcia Valle Figueiredo, *Mandado de segurança*, p 140/141.

¹¹⁷ “A possibilidade que tem a autoridade judicial de conceder a medida de urgência, a qual tem caráter provisório e precário, dependerá que a parte demonstre que estejam presentes todos os requisitos. No caso da concessão da medida cautelar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; no caso da concessão da tutela antecipada: demonstre a existência de prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, bem como, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e, ainda, manifestando propósito protelatório da parte contrária” - Renata Elaine Silva, *Curso de decadência e de prescrição no direito tributário*, p.151.

¹¹⁸ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 93.

¹¹⁹ Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 64.

Acompanhando a inteligência em destaque, o Supremo Tribunal Federal, em julgado da lavra do Ministro Cezar Peluso,¹²⁰ fincou as seguintes balizas: “Nos termos do art. 7.º, III, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, a concessão da medida urgente sem a audiência da autoridade coatora exigiria a presença concomitante do *fumus boni iuris*, consistente na razoabilidade jurídica da pretensão, bem como do chamado *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional. É que, segundo a opção político-legislativa, somente na coexistência desses requisitos, isto é, diante de alegação de direito subjetivo cuja existência apareça, ao mesmo tempo, como provável e sob risco de dano grave e iminente, se legitima transgressão da cadeia procedimental ordinária, prevista na lei, para, antes ainda da cognição final, profunda e plena, da causa, conceder-se decisão tuitiva provisória”.

Estes requisitos devem ser compreendidos como significativas de que o impetrante, para obter a medida liminar, deverá convencer o juiz de que é detentor de um direito (líquido e certo) deturpado, em face da existência de um ato coator antijurídico.

E é exatamente neste ponto que vem a lume imprecisões, quando se compara os requisitos infraconstitucionais (relevância jurídica do fundamento invocado e temeridade pelo retardo da definitiva prestação jurisdicional), com os requisitos constitucionais (liquidez e certeza do direito), alusivos à ação mandamental.¹²¹

Destarte, para evitar qualquer concessão equivocada, na cognição sumária, o juiz deve se atentar unicamente a plausibilidade da afirmação perpetrada pelo impetrante, que se afigura entre a existência de violação de direito líquido e certo e a necessidade de proteção adjacente deste direito.¹²² Haverá, portanto, a análise de relevância da declaração do impetrante, quanto a existência de direito líquido e certo.¹²³

Ademais, concedida a liminar, sobretudo no Mandado de Segurança tributário, mediante a análise dos requisitos legais (acima suscitados), os seus efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados.¹²⁴

¹²⁰ STF, MS 28.470/PE, j. 1.12.2009.

¹²¹ “É inegável que exigir relevância do fundamento e risco na demora é exigir menos que liquidez e certeza do direito; entretanto, os primeiros pressupostos (infraconstitucionais) são exigidos como requisitos positivos para a concessão liminar da ordem e os segundos (constitucionais) são requisitos positivos para a concessão definitiva da ordem” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 575.

¹²² “A concessão da liminar exsurgirá da situação posta ao magistrado. Presentes seus pressupostos, tais sejam, relevância do fundamento e perigo na demora e sua inocuidade se concedida a ordem final, o magistrado só dispõe de uma possibilidade: concedê-la”.

¹²³ “O importante é que o juiz poderá analisar a concessão da liminar pela perspectiva da urgência (*periculum in mora*) aliada à idoneidade das provas anexadas pelo impetrante. Sem sombra de dúvida, a liminar no mandado de segurança se amolda com maior facilidade à figura da tutela antecipada, em virtude da necessidade de prova documental certa e inequívoca sobre o direito afirmado (direito subjetivo líquido e certo)” - José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 114.

¹²⁴ Alexandre de Moraes, *Direitos constitucional*, p. 146.

Por fim, como fora muito bem sustentado por Hely Lopes Meirelles, a liminar “não importa prejulgamento, não afirma direitos, nem nega poderes à Administração.” A liminar é medida garantidora do direito líquido e certo que “preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado”.¹²⁵

6.2.1 *Da impossibilidade de fixação de prazo à eficácia da liminar*

A previsão inserta no artigo 1º, letra “b”, da Lei 4.348/1964, fixava prazo de eficácia da liminar concedida em cognição sumária, nos seguintes termos: “a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação”.

Felizmente, com ao advento da Lei 12.016/2009, a legislação supramencionada foi revogada,¹²⁶ pois a restrição temporal à eficácia da liminar não encontrava supedâneo jurídico válido.¹²⁷

Para não mais falar, o impetrante, beneficiário da concessão da liminar, não pode ficar à mercê do trâmite processual, que na maioria das vezes, supera, e muito, o prazo que fora fixado na lei de 1964, atualmente revogada.

6.2.2 *Inconstitucionalidade das leis que vedam a concessão da liminar*

O eminente Teori Albino Zavascki esteou, em sua brilhante obra, que qualquer obstáculo à concessão da liminar merece redobrada abordagem: A primeira baseada na legitimidade constitucional da legislação ordinária que impõe empecilhos e a segunda sob o aspecto das restrições impostas pelo sistema jurídico ao magistrado.¹²⁸

Desta doutrina extraem-se os seguintes questionamentos: “Em que medida está o legislador autorizado, constitucionalmente, a criar restrições legais à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário? Em que condições e em que limites está o Poder Judiciário autorizado a emitir provimentos liminares?”

¹²⁵ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 94.

¹²⁶ Art. 29 da Lei 12.016/2009.

¹²⁷ “Atribuir-se prazo de validade para a liminar é como atribuir-se prazo para a garantia constitucional, o que, como já explicado, não é possível de ser feito, quer pela lei quer por decisão judicial” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 578.

¹²⁸ Teori Albino Zavascki, *Restrições à Concessão de Liminar*; texto contido na obra de Teresa Arruda A. Wambier, *Tutela de urgência e procedimentos especiais/Doutrinas essenciais processo civil*, p. 59.

Para responder tais indagações, forçoso se faz recordar que, conforme estudado no capítulo 3, o Mandado de Segurança é recebido como garantia constitucional, independe de regulamentação e possui eficácia imediata, devendo ser aplicado assim que houver ameaça ou violação a direito líquido e certo.

Neste contexto, sempre que os requisitos da medida liminar estiverem demonstrados com precisão no Mandado de Segurança, é de rigor a concessão da tutela urgente para proteger o direito (líquido e certo) demonstrado de plano pelo impetrante.

Na eventualidade de edição de leis ou atos normativos que proíbam ou reduzam a possibilidade de concessão de liminares em sede de Mandado de Segurança, poderá o juiz afastar, difusamente, a incidência daquelas espécies normativas por inconstitucionalidade, e conceder a necessária medida.¹²⁹

Na mesma linha de princípio, cabe ao Poder Judiciário, ao exercer sua jurisdição, intervir prontamente, perante a possível ameaça a direito, sem se prender nos entraves conferidos pela legislação infraconstitucional, sobrepondo o direito ao caso concreto para concretizar com exatidão o pedido de prestação judicial.

A título de exemplo, traz-se a este trabalho julgado do Plenário do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que julga inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.076/1990,¹³⁰ “A Lei 8.076, de 23.08.1990, é incompatível com a Constituição, pois, por via oblíqua, atenta contra a garantia constitucional do mandado de segurança, com rito célere, ágil, hábil a afastar prontamente ilegalidade ou abuso de poder. A Constituição de 1988 ao permitir o amplo controle do Judiciário, até mesmo quando haja apenas ameaça de lesão a direito, faz com que as providências cautelares não possam ser proscritas por regras infraconstitucionais”.¹³¹

Deste modo, firmada a função jurisdicional cautelar, destinada a solucionar eventuais colisões entre direitos constitucionais, conclui-se que tanto o direito à eficácia da sentença quanto o direito a manutenção do *status quo* estão presentes.

¹²⁹ “Presentes os requisitos ensejadores da medida liminar em sede de mandado de segurança, a concessão da liminar será ínsita à finalidade constitucional de proteção ao direito líquido e certo, sendo qualquer proibição por ato normativo eivada de absoluta inconstitucionalidade, uma vez que se restringiria a eficácia do remédio constitucional, deixando desprotegido o direito líquido e certo do impetrante” - Alexandre de Moraes, *Direitos constitucionais*, p. 146.

¹³⁰ Lei 8.706/1990 Estabeleceu hipóteses nas quais fica suspensa a concessão de medidas liminares, e deu outras providências.

Art. 1º, parágrafo único – “Nos feitos referidos neste artigo, a sentença concessiva da segurança, ou aquela que julgue procedente o pedido, sempre estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente produzindo efeitos após confirmada pelo respectivo tribunal”.

¹³¹ MS 37658. No mesmo sentido julgaram os Plenários do TRF4 (AIMS 90.04.26238-5/PR) e o TRF5 (MS 91.05.04220-0/PE).

Aliás, a própria Carta Federal traz previsão expressa, em seu artigo 5º, inciso XXXV, incumbindo o Poder Judiciário a garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos fundamentais, impedindo, ainda que tacitamente, que qualquer outra norma exclua a competência do magistrado de apreciação de lesão ou ameaça de direito.

Permitir a vedação da concessão da medida liminar, por via diversa a constitucional, fere a própria essência da Constituição Federal, ou seja, proibir que a lesão ou ameaça a direito líquido e certo seja coibida de imediato pelo Judiciário, representa um contrassenso e uma rematada heresia jurídica, pois não restam dúvidas de que há cristalina afronta aos princípios fundamentais impostos pela Lei Maior.

Portanto, nosso ordenamento jurídico rechaça qualquer espécie de norma que objetiva vedar a concessão da liminar, mediante a criação de entraves que desvirtuam a seguridade da liminar.

6.2.3 *Impedimento da cobrança de multa e juros moratórios*

Consoante a dicção do parágrafo único do artigo 100 do Código de Tributário Nacional,¹³² quando o contribuinte observa as normas complementares – decisões dos órgãos administrativos, práticas reiteradas da Administração, convênios da Administração – isenta-se de sanções pecuniárias, tais como multa e juros moratórios.

Também não se pode exigir tais sanções durante o período de vigência da liminar concedida no Mandado de Segurança, pois como é cediço as decisões judiciais se sobrepõe às decisões administrativas.

Sendo assim, o não pagamento do tributo enquanto a liminar estiver em vigor, impede qualquer tipo de cobrança por parte do Fisco, tanto porque a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa (vide capítulo 8).

6.2.4 *Da faculdade de exigir contracautela*

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de requisição de contracautela para a concessão de liminar no Mandado de Segurança, prevista na segunda parte do inciso III do artigo 7º da Lei 12.016/2009.

¹³² Parágrafo único do Art. 100 do CTN – “A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

A norma em testilha prediz que é faculdade do magistrado exigir “caução, fiança ou depósito”, daquele que impetra a ação mandamental, “com objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

De início, quando se depara com tal previsão, instantaneamente se idealiza que a inovação trazida pela nova lei do Mandado de Segurança, ultrapassa as barreiras impostas pela legislação maior, ao passo que feriria princípios basilares da Constituição.

Todavia, a presente matéria merece maior atenção ao ser examinada, para que a ideia inicial não prejudique o real objetivo deste dispositivo. Vejamos.

Em sua obra dedicada exclusivamente à nova lei do Mandado de Segurança, Cássio Scarpinella Bueno defende a seguinte orientação: “A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o ‘modelo constitucional do mandado de segurança’. Não há como interpretar a exigência da caução como *condição* para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 quer é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, possa impor a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o ‘dever-poder geral de cautela’, que também tem, para nós, estatura constitucional – é sempre importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal –, que decorre do art. 805 do Código de Processo Civil”.¹³³

Ex positis, havendo a possível ocorrência de lesão grave e de difícil reparação do ente público,¹³⁴ a garantia torna-se relevante e aceitável pelo ornamento jurídico, contudo não se pode exigir garantia quando se está diante de uma ilegalidade ou abuso de poder.¹³⁵

De tal modo, cabe ao magistrado aferir o caso concreto, para averiguar se há ou não perigo de conceder a liminar sem a necessidade de prestação de contracautela, pois como estudado a garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, ao passo que competirá ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito.

¹³³ Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, p. 66.

¹³⁴ Art. 798 CPC – “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

¹³⁵ “Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entravar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada quando se verifiquem seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 97.

O que não se pode exigir é a realização do depósito como condição para conceder a liminar, quando se almeja, com esta medida urgente, suspender a exigibilidade do crédito tributário, pois haveria ofensa ao direito potestativo do contribuinte.¹³⁶

Não se olvida que a mera concessão de liminar já é causa suficiente para a suspensão do crédito tributário, consoante a inteligência do artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional¹³⁷ (vide capítulo 8).

Assim, considerar necessária a realização do depósito para suspender a exigibilidade do crédito, é ir à contramão da legislação tributária, pois reconheceria, de forma errônea, que uma lei ordinária poderia restringir o alcance de uma lei complementar.

Cumprе salientar também que é inadmissível a requisição de contracautela, quando há nítida presença dos requisitos legais.¹³⁸ As espécies de garantia contidas na Lei 12.016/2009 não podem, sob qualquer ótica, servir como condição ou pressuposto para a concessão da medida liminar.¹³⁹

Correta a doutrina de Rubens Approbato Machado: “Já foi dito, por diversas vezes, que o mandado de segurança é, inquestionavelmente, uma ação, mas que tem seu nascedouro na Constituição Federal, encartada no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais. É através dessa garantia constitucional, que se assegura o cumprimento dos direitos fundamentais. Por tais razões não pode ela ter âmbito ou interpretação restritos. Fundado nessa premissa, se presentes estiverem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a liminar deve, necessariamente, ser concedida, sob pena de tornar ineficaz a medida quando de sua concessão definitiva”.¹⁴⁰

Desta forma, a exigência de contracautela é admitida em casos excepcionais, salvo se for medida para impor limitações e/ou condições à concessão da liminar ao remédio

¹³⁶ Renata Elaine Silva, *Curso de decadência e de prescrição no direito tributário*, p.151.

¹³⁷ “O depósito, sem dúvida, é direito do contribuinte, mas não obrigação quando presentes os pressupostos da impetração e da concessão da medida liminar que suspende a exigibilidade do tributo nos termos do art. 151 do CTN” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 581.

¹³⁸ “Presentes os pressupostos legais da primeira parte do inc. III do art. 7º da Lei nº 12.016/09, isto é, havendo fundamento relevante e risco de ineficácia, é imperiosa a concessão da liminar sem qualquer condicionamento à contracautela, sob pena de inconstitucionalidade *in concreto* da decisão por aplicar norma jurídica incompatível com a garantia do *writ of mandamus*” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 94.

¹³⁹ “A nova disciplina legal, com efeito, não pode conduzir a uma terceira opção entre estarem ou não presentes aqueles dois pressupostos (fundamento relevante e perigo de eficácia da medida), como se a viabilidade de cauções, fianças e depósitos serem oferecidos fosse, por si só, elemento para a concessão da liminar. Tal interpretação, além de agredir o ‘modelo constitucional do mandado de segurança’, prestigiaria os abastados em detrimento dos hipossuficientes em juízo, razão suficiente para descartá-la também por violação ao princípio da isonomia” - Cassio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, p. 67.

¹⁴⁰ Rubens Approbato Machado, *Processo Tributário Administrativo e Judicial*, p. 410.

constitucional que resguarda direitos e garantias fundamentais, pois causaria, consequentemente, a morte do sistema.

6.3 Questão recursal

Antes do advento da Lei 12.016/2009, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, havia disparidade de entendimento na esfera recursal, concernente à recorribilidade da decisão concessiva ou não de liminar no Mandado de Segurança.

Criou-se uma polêmica sobre o cabimento do agravo e instrumento em torno da redação do art. 7º, II, da revogada Lei 1.533/1951. A referida lei não trazia qualquer previsão de recurso contra a decisão liminar, bem como prevalecia o entendimento de aplicação meramente residual do Código de Processo Civil.¹⁴¹

A previsão contida no parágrafo primeiro do artigo 7º da nova lei do Mandado de Segurança, colocou um ponto final no tão controvertido assunto ao dispor que “da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o dispositivo na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento¹⁴² ao reconhecer o cabimento de agravo de instrumento, quando a parte restar inconformada com a decisão interlocutória, que aprecia a concessão da liminar em sede de Mandado de Segurança.

Importante destacar a acertada ênfase dada pela Lei 12.016/2009, ao realçar expressamente a modalidade do agravo cabível a discutir, em grau superior, a decisão que apreciou a liminar.

Obviamente o agravo de instrumento se enquadra com exatidão ao pleito mandamental, face o seu pressuposto de urgência e processamento imediato. O agravo retido não atingiria a pretensão mandamental, uma vez que não asseguraria com efetividade o direito

¹⁴¹ José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 116.

¹⁴² “Processual Civil - Liminar em Mandado de Segurança - Natureza Interlocutória - Agravo de Instrumento - Cabimento Aplicação Subsidiária da Sistemática Recursal Prevista no Código de Processo Civil. 1. A sistemática recursal prevista no Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente a todo o ordenamento jurídico, inclusive aos processos regidos por leis especiais, sempre que não houver disposição especial em contrário. 2. A liminar, negando ou concedendo a antecipação, é decisão interlocutória que desafia agravo de instrumento. 3. Em linha com a já placitada jurisprudência desta Corte, a Nova Lei do Mandado de Segurança, em interpretação autêntica, meramente elucidativa, prevê explicitamente o agravo de instrumento contra decisão liminar no mandamus (art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.016, de 07/08/2009). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (REsp 1124918/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 07/12/2009)

líquido e certo objeto da demanda judicial, pois, como é cediço, apenas seria apreciado quando do julgamento de futura apelação.

Avulta-se que o agravo de instrumento apenas será recebido em seu efeito devolutivo, ao passo que o efeito suspensivo, no âmbito mandamental, contraria o caráter urgente e autoexecutório da decisão mandamental.¹⁴³

O recurso de agravo de instrumento não está condicionado apenas às decisões interlocutórias que concedem a liminar,¹⁴⁴ pois como muito bem analisado por Cassio Scarpinella Bueno, “o fato de a decisão agravada ser *negativa*, isto é, ter indeferida a liminar – ser *denegatória*, como quer a regra em comento –, não tem o condão de afastar a pertinência do recurso de agravo de instrumento e nem a necessidade de *antecipar* o resultado do recurso nos precisos termos do inciso III do art. 527 do Código de Processo Civil”.¹⁴⁵

De acordo com o parágrafo único do artigo 16 da Lei 12.016/2009, nos casos de ação mandamental de competência originária dos Tribunais, caberá agravo da decisão do relator que conceder ou denegar a liminar, ao órgão competente integrante do Tribunal (princípio da colegialidade dos Tribunais).

Deste modo, a Súmula 622 do Supremo Tribunal Federal,¹⁴⁶ publicada em 2003 (data anterior à publicação da nova lei mandamental), encontra-se superada na legislação contemporânea, em função da redação dada pelo dispositivo acima explicitado, cabendo, por conseguinte, agravo regimental contra a decisão do relator quando a competência originária pertencer ao Tribunal.

Impedir a utilização do agravo para combater decisão que nega ou denega a liminar nos autos do mandado de segurança, seja em grau primário ou não, traria a completa inutilidade do *mandamus*, que por força política, é ação que preserva o Estado de Direito, ao reconduzir a atividade do Estado aos limites da legalidade.

¹⁴³ “O agravo de instrumento *típico* e a sua modalidade *retida*, afinal, não conflitam com a norma específica do mandado de segurança, nem contrariam sua índole de remédio heroico, célere na sua tramitação, pois esses recursos, não tendo efeito suspensivo, não impedem o caminhar da impetração nem obstaculizam seu julgamento de mérito; apenas asseguram regularidade em seu processamento. Daí seu cabimento, como medida excepcional de resguardo procedimental da segurança” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 126.

¹⁴⁴ “Hoje, por força do art. 7º, §1º, da Lei 12.016/2009, cabe agravo de instrumento tanto da decisão que conceder quanto da que denegar a liminar” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 101.

¹⁴⁵ Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 79.

¹⁴⁶ Sum. 622 STF – “Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

6.4 Restrições

Acompanhando as previsões das legislações anteriores,¹⁴⁷ a Lei 12.016/2009 agrupou, em um único dispositivo, os comandos restritivos à concessão da medida liminar em sede de Mandado de Segurança, *in verbis*:

- Art. 7º, § 2º - “Não será concedida 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”.

O legislador apenas compilou as restrições que antes eram previstas em leis esparsas, porém, conforme amplamente sustentado na doutrina, além de não trazer inovações benéficas ao *mandamus*, feriu frontalmente o modelo constitucional vigente.¹⁴⁸

Impor restrições a direitos e garantias fundamentais é desvirtuar princípios basilares do Texto Magno, que visa proteger e assegurar, sem qualquer óbice, aquele que se encontra com o seu direito líquido e certo ameaçado ou em sua iminência, por atos da própria Administração.

Não se olvida a aplicação do texto inserto no artigo 60, inciso IV, da Constituição Federal,¹⁴⁹ que veda expressamente qualquer alteração, até mesmo por emenda constitucional, tendente a suprimir os direitos e garantias individuais do indivíduo, por constituírem cláusulas pétreas.

Por sua vez, ciente da amplitude negativa que tal dispositivo infraconstitucional acarreta ao ordenamento jurídico pátrio, o Conselho Nacional de Ordem dos Advogados do Brasil, propôs, em 2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵⁰ no Supremo Tribunal Federal, porém, mesmo após 5 (cinco) anos, a presente ação ainda pendente de julgamento.

Assim, enquanto não se coloca uma pá de cal no impasse aqui ventilado, incumbe aos magistrados desta nação, o julgamento efetivo das questões mandamentais sob a ótica do Texto Constitucional, perante o controle incidental de constitucionalidade.

¹⁴⁷ Leis 4.348/1964 e 5.021/1966 (revogadas pelo artigo 29 da nova lei), e as Leis 2.770/1956 e 8.437/1992.

¹⁴⁸ “As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável a grandeza constitucional do mandado de segurança e a sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional.” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 71.

¹⁴⁹ Art. 60, § 4º, inciso IV da CF – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.

¹⁵⁰ ADI 4.296/DF de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Superando a análise constitucional do artigo *sub examine*, passamos ao estudo das restrições propriamente ditas.

Ao pretender impor restrições à concessão da medida liminar, o Poder Legislativo contemplou questões de ordem tributária e do funcionalismo público, quais sejam:

- compensação de créditos tributários;
- entrega de mercadoria e bens provenientes do exterior;
- reclassificação ou equiparação de servidores públicos;
- concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Analisaremos, com maior profundidade, a duas primeiras restrições, para que o foco do presente estudo, contido no âmbito processual tributário, não se submerja perante a análise de questões que não condizem, *data venia*, com a disciplina aqui contemplada.

Quanto à primeira restrição, o estudo deve ser realizado em conjunto com as Súmulas 212¹⁵¹ e 213¹⁵² do Superior Tribunal de Justiça, as quais definem o entendimento deste Tribunal Superior sobre a compensação de créditos tributários em sede de Mandado de Segurança.

Contudo, para compreender até que ponto a compensação do crédito tributário constitui um entrave à concessão da liminar, forçosa se faz a interpretação adequada das Súmulas em epígrafe.

Ao mesmo tempo em que a Súmula 213 prediz que o mandado de segurança é ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, a Súmula 212 estabelece que em cognição sumária o juiz não pode aferir liquidação de crédito oriundo de indébito tributário, pois a liminar, segundo o STJ,¹⁵³ não pode assumir caráter satisfativo e antecipatório.

Imperioso abrir um parêntese na presente análise, pois, como visto no item 6.1, a natureza jurídica da liminar está diretamente vinculada a causa de pedir do Mandado de Segurança, ao passo que a mesma poderá adquirir caráter satisfatório, acautelatório ou antecipatório.

¹⁵¹ Súmula 212 STJ - “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”.

¹⁵² Súmula 213 STJ - “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

¹⁵³ “Processual Civil - Mandado de Segurança - Compensação do Finsocial com o Cofins - Medida Liminar - Impossibilidade da Concessão - Precedentes STJ - (...) Sendo a compensação meio de extinção do crédito tributário, de natureza inquestionavelmente satisfativa, não pode ser reconhecida em medida liminar, por isso que não se adequa a via eleita. - Recurso conhecido e provido” (REsp 153993/PE, Rel. Min. Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 09/03/1998)

Com efeito, como fora muito bem observado por James Marins, “a satisfatividade não é um óbice à concessão da antecipação de tutela, mas um requisito indispensável à sua concessão já que esta pretende antecipar os efeitos práticos da sentença.”, e conclui que “não é a satisfatividade que impede a concessão da antecipação, seja em mandado de segurança em matéria tributária, seja em antecipação de tutela em matéria tributária, até porque não se pode confundir *satisfatividade* com *irreversibilidade* (esta sim se configurando como óbice legal à concessão da liminar)”.¹⁵⁴

Portanto, o que não se admite é a declaração, *in limine*, dos créditos que o contribuinte tem direito, que não se confunde com a declaração do direito inalienável da compensação, o qual é passível de concessão liminar no Mandado de Segurança.

Outra questão que merece ser observada com cautela é a interpretação da Súmula 460 do STJ. Tal Súmula dispõe que “é incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte”.

A princípio conclui-se que a Súmula 460 colide com a Súmula 213, ambas do STJ, pois esta perderia seu efeito, entretanto ambas deverão ser examinadas em conjunto, ao passo que a Súmula 460 apenas determina a impossibilidade de convalidação da compensação tributária, pois se fosse admitida extrairia da Administração a atribuição de homologação.

Com relação à segunda restrição, concernente a impossibilidade de concessão de liminar para a liberação de mercadoria apreendidas e originárias do exterior, entende-se por ser um austero gravame às atividades mercantis de importação, pois a incidência de lesão irreparável é facilmente configurada.

Não é difícil encontrarmos casos em que a espera do provimento final certamente causa prejuízo àquele que está impossibilitado de levantar suas mercadorias/bens, sobretudo pela provável perda da vantagem comercial.

Não se olvida também que a apreensão de mercadoria perecível ou frágil conduzirá a sua inutilidade, perante a sua deterioração em razão do tempo.

Outro ponto que deve ser considerado é a inexistência de prejuízo ao Erário, ao passo que se a liminar for concedida e não houver confirmação do provimento inicial na sentença, haverá a aplicação do Regulamento Aduaneiro,¹⁵⁵ que prevê a multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

¹⁵⁴ “Esta providência vai, necessária e inexoravelmente - senão, não é antecipação -, satisfazer um dos efeitos ou todos os efeitos práticos da sentença: vai antecipar e vai satisfazer total ou parcialmente o pedido” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 593.

¹⁵⁵ Art. 689, parágrafo 1º do Decreto 6.759/2009 – “As infrações previstas no *caput* serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou

Como muito bem ilustrado por André de Oliveira Brito, “a retenção das mercadorias ocorre em Zonas Alfandegárias Primárias (Portos e Aeroportos), locais onde as Tarifas de Armazenagem são elevadíssimas e podem, inclusive, dependendo do tempo de retenção dos bens, inviabilizar economicamente a operação de importação”.¹⁵⁶

Por derradeiro, a inexistência da interferência judicial, para sanar de imediato as situações abusivas e ilegais cometidas por agentes públicos, inviabiliza o pleno exercício da atividade comercial das empresas no ramo da importação, contradizendo o Texto Magno, notadamente em seu artigo 170, parágrafo único.¹⁵⁷

6.5 Revogação e cassação

Segundo o comando inserto no artigo 7º, parágrafo terceiro da Lei 12.026/2009, “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.” O presente dispositivo encontra eco no artigo 808, inciso III do Código de Processo Civil,¹⁵⁸ que dispõe sobre a liminar no processo cautelar.

Os efeitos da liminar, se concedida em sede de cognição sumária, poderão perdurar até a sentença, que irá *subsistir*¹⁵⁹ sobre a decisão interlocutória que apreciou a concessão da liminar.

Em razão da urgência requerida na cognição liminar, há uma análise superficial por parte do magistrado, que apenas toma como base as alegações do impetrante que foram sustentadas na peça exordial, com amparo nas provas apresentadas de plano.

Destarte, o magistrado profere decisão sem o devido *aprofundamento*¹⁶⁰ de sua cognição, ao passo que neste momento processual inexistente qualquer manifestação da

documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235, de 1972”.

¹⁵⁶ “O afastamento do imediato controle judicial dos atos administrativos, além de desestimular uma atividade que gera tributos e empregos para o País, estimula a corrupção nas Aduanas, haja vista que os fiscais poderão utilizar a lei como moeda de troca para uma ‘solução’ administrativa” - André Oliveira Brito, *Comentários sobre a nova lei do mandado de segurança*; texto contido na obra de Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 175.

¹⁵⁷ Artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal – “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

¹⁵⁸ Art. 808, III do CPC – “Cessa a eficácia da medida cautelar: III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito”.

¹⁵⁹ “A prolação da sentença, independentemente de seu conteúdo (favorável ou desfavorável ao impetrante), é suficiente para que ela, a sentença, *substitua* a anterior medida liminar de imediato” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 81.

¹⁶⁰ “A chamada ‘medida liminar’, por definição, é proferida com base em cognição menos profunda do que a sentença. Mesmo que a análise do pedido de liminar em mandado de segurança tenha como supedâneo a brevidade procedimental e a prova *documental* que acompanha a petição inicial (‘direito líquido e certo’), a lição é correta, até por imposição constitucional. As ‘informações’ e a eventual manifestação do órgão ou pessoa

Autoridade Coatora sobre a demanda (*inaudita altera parte*), em virtude da indiscutível urgência da tutela liminar, sob pena de perecimento do direito líquido e certo ameaçado ou violado.

Na medida em que o processo se desenvolve, com a apresentação do contraditório, a demanda será analisada com embasamento mais profundo, permitindo, assim, a revogação ou cassação da liminar, antes mesmo do proferimento da sentença.¹⁶¹

Vale salientar que para a revogação ou cassação da liminar antes da sentença, é imprescindível a presença de novos elementos sucedidos com o tramite processual, capazes de demonstrar a inexistência de perigo na demora e de fundamento legal.

De tal modo, havendo a cassação ou revogação da liminar, o *status quo* será restabelecido,¹⁶² permitindo, ao Poder Público, a execução de seus atos, em virtude da insubsistência dos atos até então praticados pelo impetrante.

Neste ponto nos deparamos com a previsão contida na Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal ao prever que “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Sendo assim, em obediência ao entendimento sumulado do STF a revogação confere efeito *ex tunc*, ao passo que os atos praticados, pelo impetrante, sob a ótica da decisão provisória suportam inevitável reversão.

Diante desta situação, em regra, o recurso de apelação em sede de mandado de segurança é recebido apenas em seu efeito devolutivo, contudo tal fato não impede que, em casos excepcionais (constatação do *periculum in mora*), o próprio tribunal possa conceder o efeito suspensivo¹⁶³ ao recurso de apelação.

jurídica de direito público a que pertence a autoridade coatora são elementos aptos a conduzir o magistrado ao *aprofundamento* de sua cognição” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 80.

¹⁶¹ “Não deve a liminar, afinal, subsistir sempre até o trânsito em julgado da sentença denegatória, sob pena de se retirar do juiz o poder de revogá-la quando verificar sua inconveniência ou desnecessidade, ou seja, tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precária e provisória. Daí por que a lei facultou ao juiz que preside o processo a descrição necessária para conceder ou negar, manter ou revogar a suspensão do ato, segundo as peculiaridades do caso ajuizado” - Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, p. 103.

¹⁶² “A revogação da tutela importa retorno imediato ao *statu quo* anterior a sua concessão, devido a expresse comando legal” - STJ (REsp 541.544/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16/05/2006)

¹⁶³ “Processo Civil – Mandado de Segurança – Sentença Denegatória – Apelação – Efeito Suspensivo. 1 O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o recurso de apelação em mandado de segurança, uma vez denegatória a ordem, comporta apenas efeito devolutivo, compartilhando do entendimento assentado na Súmula 405/STF. 2 Excepciona a jurisprudência desta Corte os casos em que se verifica a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, hipótese em que é possível atribuir efeito suspensivo ao recurso de apelação.(...)” - STJ (REsp 787051/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/08/2006)

Quanto às sanções pecuniárias, conforme analisado no item 6.2.3, não se pode imputá-las ao impetrante enquanto a liminar permanecer em vigor, diante da sobreposição das decisões judiciais em detrimento das decisões administrativas.

No entanto, quando a medida liminar é cassada ou revogada, deve-se retroceder, em atenção a Súmula 405 do STF, verificando, por conseguinte, qual era o estado do débito antes da medida liminar.

Assim não diverge o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da Ministra Denise Arruda, ao prever que os contribuintes “devem arcar com as consequências inerentes à cassação da liminar anteriormente deferida, em virtude da denegação da segurança, sujeitando-se aos encargos relativos ao não-recolhimento, ou mesmo ao recolhimento em atraso da exação fiscal”.¹⁶⁴

Desta forma, se antes da concessão da liminar o impetrante só devia o valor principal, após a cassação este será compelido a recolher o valor total corrigido, com a aplicação da Taxa Selic e dos juros de mora.¹⁶⁵

Quanto a aplicação do juros de mora, há parte da doutrina que diverge, ao sustentar que representaria um contrassenso e uma rematada heresia jurídica, uma vez que inexistente mora pela suspensão da exigibilidade do crédito.¹⁶⁶

Entretanto, para os tributos federais, conforme se depreende do alcance do artigo 63 da Lei 9.430/1996,¹⁶⁷ não haverá a aplicação de multa de ofício se a exigibilidade estiver suspensa, desde que ocorra antes de qualquer procedimento de ofício.

Se a multa for imputada, antes da concessão da liminar, o impetrante será responsabilizado pela somatória do valor principal atualizado com o valor da multa.

¹⁶⁴ REsp 675.192/MG

¹⁶⁵ STJ - AgRg no REsp 639.185/SC e REsp 208.803/SC

¹⁶⁶ “Uma vez que a liminar suspende a exigibilidade do crédito, essa decisão acaba por dilatar o prazo de vencimento da obrigação. Impede a formação do estado de mora, que é a consequência patrimonial da impontualidade no cumprimento da obrigação” - Helenilson Cunha Pontes, *Os Juros de Mora e os Créditos Tributários com Exigibilidade Suspensa por Medida Liminar em Mandado de Segurança*; texto contido na obra de Leandro Paulsen, *Direito Tributário*, p. 1035.

¹⁶⁷ Art. 63 - “Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela MP 2.158-35, de 2001). § 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo. § 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição”.

6.6 Suspensão sob a vontade do interesse público

O conhecido instituto do “pedido de suspensão”, atualmente agourado no artigo 15 da Lei 12.026/2009, se veste com o manto da possibilidade, ao passo que somente é admitido nos casos em que a liminar possa gerar grave lesão à ordem pública, visando resguardar os interesses difusos, vejamos:

- Art. 15 – “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

Muito se discute na doutrina a constitucionalidade deste dispositivo, pois a partir do momento em que o legislador permitiu que apenas uma parte (pessoa jurídica de direito público ou Ministério Público) utilize o pedido de suspensão, feriu o princípio constitucional da isonomia¹⁶⁸ – “paridade das armas”.

Outro ponto que merece destaque encontra-se nos casos em que o pedido de suspensão é remetido aos Tribunais Superiores.¹⁶⁹ Não se olvida que estes Tribunais não possuem a competência para julgar a presente matéria, ou seja, admitir a aplicação da suspensão no âmbito do Mandado de Segurança contraria o rol taxativo imposto pela Constituição Federal.¹⁷⁰

Nesta senda, uma vez mais, a nova legislação mandamental demonstra a supremacia da Fazenda Pública e a fragilidade do contribuinte, corroborando a disparidade da relação processual quando o cidadão está em confronto litigioso para com o Estado, diminuindo,

¹⁶⁸ “Ao prever à pessoa jurídica de direito público (e ao Ministério Público) mecanismo processual não disponibilizado ao impetrante e que tem aptidão para interferir diretamente no que é mais caro ao mandado de segurança, a produção *imediata* dos efeitos das decisões jurisdicionais proferidas em prol do impetrante” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 127.

¹⁶⁹ “Esse mecanismo de vulneração da decisão, antecipatória ou final, concedida no mandado de segurança implica severos riscos à integridade constitucional do *writ*. Em primeiro lugar, ao criar, uma espécie de ‘instância especial de cassação’ – atribuindo ao presidente do tribunal competência monocrática excepcional para cassar medidas liminares. É de se notar, também, que quando o pedido de suspensão é dirigido ao STJ e ao STF, esbarra, inclusive, na ausência de competência desses tribunais. Ademais esta desnecessária – e quiçá inconstitucional – competência de cassação torna excessivamente político o controle de liminares mandamentais e fragiliza a imperatividade inerente ao remédio constitucional. Em segundo lugar, ao lançar mão de conceitos vagos de difícil preenchimento semântico, particularmente no que se refere à noção de ‘grave lesão à economia’, frequentemente invocado nas suspensões de liminares em matéria tributária” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 581.

¹⁷⁰ Artigos 102 e 105 ambos da Constituição Federal.

consequentemente, a plenitude do remédio constitucional em benefício dos alvedrios públicos.

Adentrando ao estudo do comando legal aqui ventilado, verifica-se que a legitimidade para requerer o pedido de suspensão é exclusivamente da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público.

Importante destacar que a pessoa jurídica de direito público não se resume em sua entidade, ao passo que suas extensões também deverão ser abrangidas, momento em que haverá a equiparação necessária para o requerimento da suspensão da tutela urgente.

Deste modo, a legitimidade abrange os órgãos da entidade pública e as empresas públicas (sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica de interesse público), ainda que ostentem personalidade de direito privado.¹⁷¹

Para melhor compreensão colaciona-se a interpretação realizada por Cassio Scarpinella Bueno, ao sustentar em sua brilhante obra sobre a nova legislação mandamental, que “todo aquele que pode ser alvo de mandado de segurança em função do exercício de *função* pública tem legitimidade para pleitear a suspensão nos termos e para os fins do dispositivo em exame”, e quanto ao Ministério Público, pressagia que “a atuação do Ministério Público, na espécie, dá-se a título de *custos legis*; não como *parte*, e afina-se, por isso mesmo, com as suas funções institucionais”.¹⁷²

Também se constata que são legítimos aqueles que suportam os efeitos da medida liminar (pessoas e entidades privadas), conforme há muito julgado pelo o Pleno do STF, pelo então Presidente, Ministro Antônio Neder.¹⁷³

O próprio *caput* do artigo 15 prevê que o requerimento de suspensão deverá ser remetido ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do respectivo recurso cabível da decisão, para que este aprecie a questão.

Tal previsão impõe a competência ao Tribunal superior daquele que se encontra o processo para o julgamento do pedido de suspensão da liminar, outrora concedida ao impetrante para proteger um direito líquido e certo embasado em provas suficientes a sua efetiva comprovação.

A questão da “ordem pública”, trazida como condição para o deferimento da suspensão, deve ser interpretada de maneira precisa, para evitar desvios e anomalias capazes de desvirtuar o instituto aqui estudado. Assim, em conformidade com a jurisprudência, a

¹⁷¹ REsp 50.284-5/SP e SS/AgR 202/DF

¹⁷² Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 129.

¹⁷³ “A todos aqueles que figurem na ação de segurança, e que forem alcançados pela sentença concessiva do *writ*, deve conferir-se o direito de pedir a suspensão da medida.” - STF, SS 114-SP

ordem pública compreende “a preservação do controle e administração de serviços públicos”,¹⁷⁴ ou seja, a ordem administrativa em geral.

Também merece atenção o efeito da suspensão que se encerra com prolatação da sentença. Como visto no item 6.5, a sentença substitui os efeitos da liminar concedida em cognição sumária, que tem natureza precária e de vida relativamente efêmera,¹⁷⁵ portanto, caso a entidade pública considerar necessária a manutenção da suspensão, novo pedido deverá ser formulado.

Se o teor da decisão liminar for idêntico ao provimento final, havendo deferimento da suspensão dos seus efeitos, essa determinação perdurará até o trânsito em julgado da decisão, conforme prediz a Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁶

No entanto a Súmula em testilha apenas deverá ser aplicada nos casos em que o *mandamus* é originário do Tribunal, sendo cogente o afastamento da sua incidência sobre os casos de suspensão de liminar concedida em Mandado de Segurança impetrado em primeiro grau de jurisdição.

Por sua vez, os parágrafos do artigo 15, trazem uma série de disposições ao instituto da suspensão. Vejamos:

- § 1º – “Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o *caput* deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

Como o agravo¹⁷⁷ previsto no *caput* só pode ser interposto para atacar a decisão que concede a suspensão, o parágrafo primeiro traz a previsão de um novo pedido de suspensão em caso de denegação, mas, para tanto, necessário se faz demonstrar os requisitos de competência de cada Tribunal Superior, para direcionar o recurso ao Tribunal correspondente (STJ ou STF).

¹⁷⁴ SLS/AgR 1.070-RJ

¹⁷⁵ “Jamais poderá a suspensão de uma liminar concedida em processo de mandado de segurança propagar-se à sentença concessiva do ‘writ’, sem que haja pedido expresso da pessoa jurídica de direito público a que pertence o impetrado. (...) Concedida uma liminar e depois concedida a segurança por sentença, prevalecem os efeitos desta, na medida do que dispuser, e não mais os efeitos da liminar. Não pode pois haver a menor dúvida quanto à substituição da liminar pela sentença” - Cândido Rangel Dinamarco, *Suspensão do mandado de segurança*, p.33.

¹⁷⁶ Súmula 626 do STF - “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

¹⁷⁷ “Trata-se de agravo *interno*, expressamente previsto na lei e, por isso, não *regimental*, a ser processado de acordo com as regras estabelecidas genericamente pelo art. 557 do Código de Processo Civil” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 130.

- § 2º – “É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo”.

Improvido o agravo de instrumento interposto em face da decisão que concedeu a liminar, é cabível pedido de suspensão que deverá ser remetido aos Tribunais Superiores, sem deixar de observar os requisitos de competência.

- § 3º – “A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo”.

Este dispositivo visa distinguir a autonomia dos institutos de revisão, uma vez que a não são idênticos os institutos da liminar e do pedido de suspensão.

Assim, se mantida a liminar em grau de recurso não há qualquer óbice para requerer pedido de suspensão, porém, se houver provimento do agravo (cassando a liminar concedida), restará prejudicada a decisão que suspender os efeitos da liminar, ao passo que não se pode suspender comando não mais vigente.

- § 4º – “O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”.

Tal dispositivo confere ao Presidente do Tribunal o poder de apreciar, *prima facie*, o efeito suspensivo liminar à suspensão.

Este expediente de suspender os efeitos da liminar somente poderá ser utilizado pelo Presidente do Tribunal, em casos excepcionais, podendo, posteriormente, analisar com maior exatidão as razões invocadas, para confirmar ou não o decisório anterior.

- § 5º – “As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Objetivando desatracar o Poder Judiciário o dispositivo supramencionado dá poderes ao Presidente do Tribunal para que este prolate uma única decisão concernente aos casos que versarem sobre matérias idênticas.

A segunda parte deste parágrafo traz nítida preocupação aos aplicadores do direito ao estender a suspensão a liminares supervenientes,¹⁷⁸ pois ao unificar os litígios coloca-se em

¹⁷⁸ “Do ponto de vista da economia e da eficiência processuais, a interpretação mais ampla do dispositivo é inegável. Crítica a ela não reside na *coletivização* do processo a partir de um caso eleito como paradigmático mas, bem diferentemente, dos usos (e abusos) dos pedidos de suspensão e de sua feição, cuja finalidade atrita

risco a percepção judicial singular, deixando de apreciar com a devida exatidão as peculiaridades de cada lide.

6.7 Prioridade processual

A nova legislação mandamental garante a prioridade processual do Mandado de Segurança, porém apresenta dois dispositivos díspares entre si, uma vez que há garantia de prioridade geral e, concomitantemente, imposição de condição (concessão da medida liminar) para a preferência processual.

Desta feita, necessário se faz analisar os dois comandos insertos na Lei 12.016/2009, que dispõem a respeito do tema em comento, para suprimir qualquer interpretação prejudicial ao impetrante, quais sejam:

- Art. 7º, §4º – “Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento”.
- Art. 20 – “Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*”.

Verifica-se que o parágrafo quarto do artigo 7º impõe a concessão da liminar como condição de prioridade ao *mandamus*, previsão que não encontra eco com o artigo 20, que garante a prioridade da presente ação sem qualquer óbice, ressaltando apenas a primazia do *habeas corpus*.

Não se pode admitir que somente os casos com liminar tenham prioridade de tramitação sob outras demandas. Essa imposição, trazida pelo parágrafo quarto, fere a própria legislação constitucional, que garante, por meio de lei específica, a prioridade geral de julgamento.¹⁷⁹

Nesta senda, é vedado a qualquer outra demanda tramitar em prejuízo ao Mandado de Segurança, por esta ação possuir prioridade sobre todos os atos judiciais, em todos os graus de jurisdição, perante a cogente prioridade de processamento/julgamento, cedendo espaço apenas para o *habeas corpus*.¹⁸⁰

com o ‘modelo constitucional do direito do processo civil’ e do próprio mandado de segurança” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 138.

¹⁷⁹ “Se já uma determinação legal de observação da preferência no trâmite do Mandado de Segurança, não pode coexistir em paralelo uma regra que diminua a sua aplicabilidade, dizendo que a prioridade fica reservada para os casos de concessão de Liminar. Soa ainda antagônico supor que o feito judicial deva tramitar com maior celeridade nos casos de concessão de Liminar, pois justamente quando essa é denegada, é que a urgência do impetrante em ver o solucionado o impasse ganha intensidade” - Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 179.

¹⁸⁰ Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 155.

A prioridade aqui sustentada advém dos comandos constitucionais que protegem o instituto mandamental, em virtude da indeclinabilidade da prestação jurisdicional, quando se depara com direito líquido e certo deturpado por ato abusivo ou ilegal praticado pela autoridade pública.

Se assim não enxergarmos, estaremos deixando de lado os princípios basilares das garantias constitucionais, ao passo que estas propendem, primordialmente, harmonizar a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica.

Portanto, passamos a concluir que o melhor entendimento a ser adotado ergue-se na premissa de que o Mandado de Segurança por si só já contempla a prioridade de julgamento, ao passo que a concessão da liminar apenas reforçar a tramitação célere e eficaz do *writ*.

6.8 Perempção ou caducidade

Mantendo em parte a previsão contida nas legislações anteriores, a Lei 12.016/2009 não trouxe grandes inovações ao dispor a respeito dos institutos da perempção e da caducidade, incidentes na medida liminar dantes concedida.

- Art. 8º – “Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem”.

Por força da norma supracitada, os efeitos da liminar serão cessados se o impetrante criar empecilhos ao trâmite processual ou não promover, nos três dias úteis subsequentes, os atos e diligências que lhe cabiam.¹⁸¹

Apesar da notória distinção entre perempção (extinção do processo pela inércia do interessado, implicando a impossibilidade de renovação do pedido) e caducidade (perda de uma qualidade ou efeito pela inércia, sem extinção do processo), percebe-se que o legislador não se preocupou em distingui-los, tolerando, assim, a aceitação de ambos com se compreendessem o mesmo instituto; fato corroborado pela desnecessária distinção quando de sua aplicação pelo magistrado.

¹⁸¹ “Trabalha o legislador com a criação de uma específica penalidade ao Impetrante inerte desidioso ou conturbador, que deixa de contemplar com a Liminar no seu acervo de direitos, sempre que a sua conduta revestida sob aquelas qualidades formar travamento à fluência regular do processo, ou provocar a sua paralisação indevida por mais de 3 (três) dias úteis, abdicando-se do atendimento aos atos e diligência que lhe compital empreender” - Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 181.

A legitimidade está contida expressamente no comando aqui analisado, uma vez que admite o magistrado, de ofício, e o Ministério Público, como *custos legis*, por meio de requerimento.

Não obstante a inexistência de previsão legal, também é legítima a autoridade coatora, bem como qualquer outra parte, desde que peticione nos autos formulando a aplicação da perempção ou da caducidade.

Entretanto, por uma vez mais nos deparamos com forte contrariedade doutrinária à disposição da nova lei, neste momento conjecturada na questão concernente à imputação do “bom comportamento processual”,¹⁸² por parte do impetrante.

Logo, segundo a melhor doutrina, constitui imperativo afastar qualquer responsabilidade àquele que figura como impetrante na ação mandamental, em virtude da inegável lentidão do atual sistema Judiciário.

O andamento processual depende da máquina judiciária, que ao exercer sua jurisdição, deve se atentar aos atos inerentes ao regular trâmite processual, compreendendo todas as medidas legais necessárias ao desenvolvimento linear das demandas advocatícias.

Assim, é dever do Poder Judiciário cumprir, na integralidade, as atividades procedimentais que dão impulso à movimentação processual.

Imputar a responsabilidade ao impetrante, detentor de um direito fundamental e carecedor de remédio jurídico, é violar a própria essência do Mandado de Segurança, garantido expressamente na Carta Federal.

Em casos extremos pode o magistrado julgar extinta a ação mandamental, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, incisos II e III do Código de Processo Civil, gerando, consequentemente, a revogação da liminar.

Desta feita, não se pode elucubrar a aplicação, ao impetrante, dos institutos sancionatórios em comento. Contudo, nada impede que o magistrado aplique, subsidiariamente, o comando contido nos artigos 17 e 18 ambos do Código de Processo

¹⁸² “A constitucionalidade da regra é patente. Não há correlação sistemática entre a *manutenção* dos efeitos de uma anterior medida liminar e o ‘ bom comportamento’ processual do impetrante. Do mesmo modo que a concessão da medida não depende do comportamento processual do impetrante, a sua cassação não pode se relacionar àquele fato. O magistrado revogará ou cassará a medida liminar anteriormente concedida quando entender não estarem mais presentes os pressupostos que *impõe* a sua concessão (art. 7º, III, da Lei 12.016/2009). Não, contudo, porque o impetrante deixou de promover o andamento do processo, na forma como lhe competia, como se a liminar fosse um prêmio e sua cassação uma sanção” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 85.

Civil,¹⁸³ com fins de responsabilizar, por perdas e danos, aquele (impetrante) que cria entraves ao regular andamento processual.

6.9 Notificação

De acordo com o artigo 9º da Lei 12.016/2009, “as autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder”.

Sucedo que a regra em questão traz uma “duplicação desnecessária”,¹⁸⁴ pois como é cediço o inciso II do artigo 7º já estabelece a cogente cientificação do órgão ou da pessoa jurídica de direito público, fato mais do que suficiente para transformar a autoridade coatora em representante processual do órgão ou da pessoa jurídica.

Importe se faz ressaltar que desde a primeira fase do processo, a pessoa jurídica será intimada para ingressar no feito, tornando absolutamente desnecessário¹⁸⁵ a remessa de reprodução autêntica do mandado notificatório.

Deste modo, entende-se que a imposição do artigo 9º, além de não trazer nenhuma inovação favorável, acaba prejudicando o bom andamento processual ao obstaculizar, sem qualquer propósito, o deslinde do *mandamus*.

¹⁸³ Comandos que preveem a litigância de má-fé:

- Art. 17 – “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

- Art. 18 – “O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

¹⁸⁴ “Analisando a regra no contexto da nova Lei do Mandado de Segurança, importa destacar que ela cria, para todos os fins, uma duplicação desnecessária de atos, porque impõe não só ao magistrado a *cientificação* do órgão ou da pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade coatora, mas também a *notificação* da autoridade coatora” - Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 89.

¹⁸⁵ “O dispositivo do art. 9º é absolutamente dispensável, dentro de uma leitura sistemática e finalística aliada aos arts. 7º, II, e 13 da nova Lei. Sua permanência apenas se justifica como um comando *interna corporis* de contribuição da autoridade coatora para o bom desempenho do representante judicial da pessoa jurídica de direito público” - José Miguel Garcia Medina, *Mandado de segurança individual e coletivo*, p. 129.

Há quem sustente que este dispositivo, ao conferir ato processual dispensável, fere a eficiência da prestação jurisdicional – princípio constitucional amparo no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.¹⁸⁶

Posto isto, a mera cientificação trazida pelo artigo 7º, já bastaria para dar conhecimento ao representante judicial, que possui o dever funcional de realizar a defesa da pessoa jurídica de direito público em todas as fases processuais.

¹⁸⁶ Art. 5º, inc. LXXVIII da CF – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

7 A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição Federal de 1988 inovou ao apresentar a figura do Mandado de Segurança Coletivo,¹⁸⁷ garantindo o seu ajuizamento para assegurar os interesses transindividuais.

Como é notório a satisfação plena da garantia constitucional apenas se dará por meio do instrumento processual adequado, apto a levar ao Poder Judiciário a comunicação de defloração de um direito perpetrado por membros do Poder Público.

Permite-se, por conseguinte, uma efetiva prestação jurisdicional a toda a sociedade, não se limitando apenas aos direitos individuais homogêneos, pois ultrapassa a esfera do interesse singular.

Acertadamente o legislador inseriu, na nova legislação mandamental, a possibilidade de concessão de liminar para proteger direito líquido e certo (da coletividade) ameaçado ou violado, vejamos:

- Art. 22, § 2º – “No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Em razão da magnitude subjetiva do Mandado de Segurança Coletivo, instituiu-se a oitiva prévia de todos os interessados do Poder Público antes da concreta apreciação da liminar, sob a ótica do artigo 7º da Lei 12.016/2009.

De tal modo, a designação de uma audiência com os integrantes da Administração Pública, que constituem o polo passivo do *mandamus*, antecede qualquer análise da liminar pleiteada por aquela entidade que se considera prejudicada em razão da existência de um determinado ato coator.

No entanto a imposição de um contraditório prévio, como medida que deve se antecipar à apreciação da tutela urgente, gerou grande discussão na doutrina contemporânea, sobretudo na seara constitucionalista.

Submergindo, assim, na questão pendente de sintonia doutrinária, de um lado encontramos a busca do contraditório (oitiva prévia do representante legal da pessoa jurídica de direito público) e de outro a aplicação efetiva do processo, perante o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

¹⁸⁷ Art. 5º, inc. LXX da CF – “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Sustenta-se que haverá agressão ao modelo constitucional vigente, quando o comando aqui ventilado for capaz de inviabilizar¹⁸⁸ a proteção pretendida no Mandado de Segurança Coletivo.

Em outras palavras, “restringir, apriorística e generalizadamente, as técnicas disponibilizadas pelo legislador para a tutela jurisdicional de ‘ameaças ou lesões’ a direito é medida que agride, expressamente, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal”.¹⁸⁹

Deste modo, é de rigor a proteção do direito mandamental de caráter urgente, acima de qualquer manifestação do Poder Público, afastando a instituição prévia do contraditório, diante da hierarquia dos ditames constitucionais aqui estudados.

Entretanto, deve-se admitir, somente em casos excepcionais, a oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de direito público, nos casos em que o *periculum in mora* esteja configurado de maneira mais branda, permitindo a sua apreciação em momento posterior.

Ou seja, nos casos em que a oitiva prévia não ocasionar prejuízos à preservação do direito líquido e certo do impetrante, acolhe-se o contraditório antes da apreciação da liminar, pois não haverá perecimento do direito em razão do breve transcurso temporal.

É imperioso ao magistrado observar qual premissa deve prevalecer de início – oitiva prévia do Poder Público ou apreciação da liminar –, sempre se atentando às peculiaridade de cada caso para não colocar em risco o amparo ao direito daquele que se encontra em situação delicada, cotejando os princípios basilares da Constituição que sustentam o regime democrático de nossa nação.

Desta feita, o poder geral de cautela do juiz¹⁹⁰ é imprescindível ao regular deslinde da ação mandamental coletiva, exigindo-se a adoção de critérios rigorosos quando do recebimento da exordial.¹⁹¹

¹⁸⁸ “Como sabe, a liminar só pode ser concedida *in initio litis*. Se não é dada neste comenos, não é uma decisão concedida no liminar do processo. (...) A tendência hodierna é o fomento à utilização do mandado de segurança coletivo, sem que lhe oponha filigranas que só prestam a desprestigiar a efetividade processual” - Carlos Alberto Garcete, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 142/143.

¹⁸⁹ Cassio Scarpinella Bueno, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 182.

¹⁹⁰ Art. 798 do CPC – “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

¹⁹¹ “Essa exigência e adaptação ao procedimento, regra do Mandado de Segurança, não pode ser motivo para que em casos severos, exerça o Judiciário o papel pleno de garantia do jurisdicional, sendo a hipótese, conferindo a Liminar *inaudita altera pars*, quando se verificar que a delonga na oitiva da representação judicial da pessoa jurídica possa comprometer a eficácia do provimento provisório. Todo o órgão judiciário é dotado desse pleno poder de cautela geral, prerrogativa que é um apanágio da própria atividade jurisdicional” - Amaury Silva, *O novo mandado de segurança*, p. 248.

Portanto, quando o magistrado constatar que a apreciação tardia da liminar pode ocasionar o esgotamento do direito explanado pelo impetrante, deverá conceder a tutela urgente, a despeito do que dispõe o parágrafo segundo do artigo 22 da nova lei mandamental, sob pena de fazer letra morta dos preceitos fundamentais insertos no artigo 5º, incisos XXXV, LXIX e LXX, da Constituição Federal.

8 DA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A legislação tributária é cristalina ao prever, no artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional,¹⁹² que a concessão de medida liminar em sede de Mandado de Segurança é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Conforme sustentado por Renata Elaine Silva, tributarista de escol, “o termo *suspensão da exigibilidade* não se estende à constituição do crédito, isto é, o crédito precisa ser constituído para prevenir o prazo de decadência. Com relação à suspensão da exigibilidade do crédito, apenas ocorrerá após a constituição do mesmo”.¹⁹³

Desta feita, a constituição do crédito tributário, advinda dos atos praticados pela Administração Pública,¹⁹⁴ é requisito essencial para o surgimento da exigibilidade, que poderá ser objeto de suspensão por vontade do Fisco (moratória), do contribuinte (depósito do montante integral ou parcelamento), do Poder Administrativo (reclamações e recursos administrativos) ou do próprio Poder Judiciário (concessão de tutela urgente em mandado de segurança ou em qualquer outra ação judicial).

Forçoso se faz advertir que as hipóteses elencadas no artigo 151 do CTN, são independentes entre si, ou seja, as causas de suspensão são individuais, ao passo que “uma hipótese exclui necessariamente a outra”.¹⁹⁵

Se já houve o depósito do montante integral o contribuinte não mais precisa da liminar em mandado de segurança ou de qualquer outra hipótese suspensiva do artigo 151 do CTN, pois a exigibilidade do crédito já encontra-se suspensa por força do depósito (hipótese prevista no inciso II).

O inverso também é verdade, ao passo que se impetrado Mandado de Segurança o depósito do montante integral não poderá ser exigido para a concessão da liminar, pois, como acima examinado, basta o cumprimento de apenas uma das hipóteses previstas na legislação tributária para suspender a exigibilidade do crédito.

¹⁹² Art. 151 do CTN – “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: IV- a concessão de medida liminar em mandado de segurança”.

¹⁹³ Renata Elaine Silva, *Curso de decadência e de prescrição no direito tributário*, p.151.

¹⁹⁴ “O lançamento é atividade vinculada do Fisco (CTN, arts. 142), de sorte que, ocorrendo, em princípio, o *fato impositivo*, exsurge, em linha teórica, o interesse processual” - Carlos Alberto Garcete, *A nova lei do mandado de segurança*, p. 146.

¹⁹⁵ “À toda evidência, se o contribuinte deposita o *quantum debeatur*, não mais precisa da concessão de liminar, pois a exigibilidade do crédito tributário estará obrigatoriamente suspensa. Caso se leve este raciocínio às suas consequências extremas, condicionar-se a liminar a prévio depósito, seria como condicionar-se a liminar à comprovação de que o impetrante protocolou correta e tempestivamente, recurso administrativo com efeito suspensivo” - James Marins, *Direito processual tributário brasileiro*, p. 584.

Nas palavras de Ruy Barbosa Nogueira, “como o CTN proíbe o medieval sistema do *solve et repete* (art. 151, III), ele determina a suspensão da exigibilidade para possibilitar a revisão ou a continuação da discussão do lançamento”.¹⁹⁶

Condicionar a concessão da liminar mediante o depósito do montante integral é medida que ultrapassa os ditames legais de domínio tributário e constitucional, por afrontar diretamente o direito potestivo do contribuinte.

No mesmo sentido o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, há muito proferiu seu entendimento sobre o assunto em questão, ao proferir o seguinte acórdão: “O art. 151, do CTN assegura a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal em face de depósito integral do montante em discussão ou pela concessão da liminar em mandado de segurança, mostrando-se descabida a exigência acautelatória, como condição de deferimento desta medida”.¹⁹⁷

Por sua vez a Corte Superior do STJ pronunciou seu entendimento ao julgar Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: “Presentes os pressupostos legais para a concessão da liminar, a mesma deve ser concedida *in continenti*, não devendo ser condicionada a depósito por parte do impetrante. O *mandamus* não pode estar sujeito a qualquer exigência de prévio pagamento”.¹⁹⁸

Reforçando o entendimento aqui esteado, Anna Maria Pimental expõe, com magnífica inteligência, que “havendo previsão legal dispondo sobre o depósito e havendo outra previsão dispondo sobre a concessão da liminar em mandado de segurança e essa concessão liminar em mandado de segurança está estreitada com a previsão de como esta liminar deve ser concedida, eu hoje inadmito que se possa exigir depósito ou caução para se conceder liminar em mandado de segurança”.¹⁹⁹

Nesse diapasão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pendem, maciçamente, ao entendimento singular das hipóteses suspensivas, rechaçando qualquer pretensão contrária, seja por parte do Judiciário ou da Administração, que vise instituir a suspensão da exigibilidade por meio da recepção de mais de uma hipótese elencada pela legislação tributária.

¹⁹⁶ Rui Barbosa Nogueira, *Curso de Direito Tributário*, p. 342.

¹⁹⁷ TRF1, MS 92.01.12909-2/MG, j. 25.08.1992

¹⁹⁸ STJ, RMS 12.454/SP, j. 15.08.2002

¹⁹⁹ Anna Maria Pimentel, *Revista de Direito Tributário*, 58/101.

9 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, conjecturou-se não só a tutela de urgência contida no âmbito mandamental, mas também a visão constitucional sobre determinados dispositivos insertos na Lei 12.016/2009.

Como analisado, o Mandado de Segurança deve ser recepcionado como instrumento a serviço da liberdade dos cidadãos no gozo de seus direitos subjetivos, exigindo, assim, a redução dos entraves legislativos, para que o princípio da supremacia do Constituição Federal se sobreponha sobre os demais.

Verificou-se que o direito líquido e certo advém de norma constitucional e depende da via processual adequada para a sua proteção, porém para tanto requer-se a presença de todos os requisitos legais para ser reconhecido e exercido no momento da impetração do *writ*.

Deste modo, a concessão da liminar é medida indispensável e obrigatória quando há pleno direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e eminente.

Reforça-se, assim, o princípio supremo da Carta Federal, uma vez que se garante ao cidadão uma justa proteção dos seus direitos contra a preponderância e ascendência do Poder Público.

Destarte, nos deparamos com a proteção dos direitos humanos fundamentais, por meio da efetiva prestação jurisdicional, ao passo que se garante a pronta e rápida defesa de interesses individuais e coletivos.

Portanto, o Mandado de Segurança é o instrumento harmonioso e aperfeiçoado que garante a liberdade individual, a dignidade da pessoa humana e a intangibilidade das conquistas adquiridas por nossa nação em detrimento do despótico poder governamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário** / Alfredo Augusto Becker. – São Paulo : Ed. Saraiva, 1963.

BOTTALLO, Eduardo Domingos & MELO, José Eduardo Soares de. **Comentários às súmulas tributárias do STF, STJ, TRFs e CARF**. 2ª edição, ampliada e atualizada. – São Paulo : Quartier Latin, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança** / Cassio Scarpinella Bueno. – 2. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Ed. Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança** / Alfredo Buzaid. – São Paulo : Ed. Saraiva, 1989.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário** / Roque Antonio Carraza. – 2. ed. rev., ampl. e atual. pela Constituição Federal de 1988. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito tributário** / Ricardo Cunha Chimenti. – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2004. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 16).

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo tributário** – 3ª edição – São Paulo : Quartier Latin, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico** / Maria Helena Diniz. – 2. ed. rev., atual. e aum. – São Paulo : Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança** / Lúcia Valle Figueiredo. – 6ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2009.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Mandado de segurança: notícia histórica. mandado de segurança e de injunção** / Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza – (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira) – São Paulo : Saraiva, 1990.

GARCETE, Carlos Alberto. **A nova lei do mandado de segurança : (de acordo com a Lei Federal nº 12.016, de 7.8.2009)** / Carlos Alberto Garcete. – Rio de Janeiro : GZ Ed., 2010.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; tradução de João Baptista Machado (Arménio Amado – editor, sucessor) – Coimbra, 1974.

MACHADO, Rubens Approbato. **Processo Tributário – Administrativo e Judicial** / Rubens Approbato Machado – Belém: Cejup, 1993.

MAIA, Luiz Fernando. **Compêndio de direito tributário : doutrina, prática processual, legislação** / Luiz Fernando Maia. – São Paulo : Ed. Jurídica Brasileira, 2009.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro : (administrativo e judicial)** / James Marins. – 6. ed. – São Paulo : Dialética, 2012.

MARTINS, Ives Gandra. **Sistema tributário na Constituição de 1988** / Ives Gandra Martins. – São Paulo : Ed. Saraiva, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Mandado de segurança individual e coletivo** : comentários à Lei 12.016/2009 / José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo. – 2. Ed. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. – 35ª edição – São Paulo : Ed. Malheiros, 2013.

MICHELLI, Gian Antonio. **Curso de direito tributário** / Gian Antonio Michelli ; tradução de Marco Aurélio Greco e Pedro Luciano Marrey Jr. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado** / Misael Montenegro Filho. – 2. ed. – São Paulo : Ed. Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. – 19. ed. – 2. reimpressão – São Paulo : Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência** / Alexandre de Moraes. – 6. ed. – São Paulo : Atlas, 2005 – (Coleção temas jurídicos ; 3).

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante** / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 11. ed. rev., ampl. e atual. Até 17.2.2010. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário : Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência** / Leandro Paulsen. 10. ed. rev. atual. – Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 17ª ed. – São Paulo : Atlas, 2004.

SILVA, Amaury. **O novo mandado de segurança** / Amaury Silva. – Leme : Ed. J. H. Mizuno, 2010.

SILVA, Renata Elaine. **Curso de decadência e de prescrição no direito tributário : regras do direito e segurança jurídica** / Renata Elaine Silva. – São Paulo : Noeses, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** / Humberto Theodoro Júnior. – 47ª edição – Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Tutela de urgência e procedimentos especiais** / Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier organizadores. – São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais : processo civil ; v. 5).