

## Alvim: As inconstitucionalidades da Lei do Mandado de Segurança

Estabelece o §2º do artigo 7º da Lei 2.016/2009, que dispõe sobre o mandado de segurança individual e coletivo, que "*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*



Essa norma incorpora preceitos constantes da legislação

extravagante, que se aplicava ao antigo mandado de segurança, ao tempo da antiga Lei 1.533/51, preceitos esses que impuseram restrições à concessão de medida liminar em determinadas hipóteses, tendo essas leis, ou apenas alguns de seus artigos, sido expressamente revogados pela Lei 12.016/09, em razão do disposto no seu artigo 7º, §2º.

A partir da decisão recentemente proferida pelo STF na ADI 4296-DF, ficou também *completamente esvaziado*, por perda de objeto, o artigo 15 e §§ 1º a 5º da LMS, que era o *bunker* do poder público, na sua resistência à efetivação de medidas liminares no mandado de segurança e em outros procedimentos do gênero, como nas tutela de urgência.

Todas essas "puxadinhos" legais, com repercussão nos regimentos internos dos tribunais, suportes dos pedidos de suspensão de segurança e de tutela de urgência contra o poder público, perderam definitivamente seu amparo constitucional, o qual não pode mais se valer desses "expedientes", que sempre estiveram num extremo e injustificável descompasso com os princípios da *isonomia* (CF: artigo 5º, *caput*) e da *inafastabilidade da jurisdição* (CF: artigo 5º, XXXV).

O fato de haver o STF declarado a inconstitucionalidade do §2º do artigo 7º da Lei 12.016/2009 não significa que tenha a parte, num pedido de tutela de urgência ou numa ação mandamental, o direito de obter uma decisão liminar para o seu alegado direito, em qualquer circunstância, estando a sua concessão a depender dos fundamentos em que se alicerça.

A decisão proferida pelo STF na ADI 4296-DF, relativamente ao §2º do artigo 7º da LMS, por ele *declarado inconstitucional*, alcança, *por tabela*, o disposto no §5º desse mesmo artigo, segundo o qual as vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas se estendem à tutela antecipada a que se referem os artigos 273 e 461 do CPC/1973 —, que correspondem aos artigos 300, *caput*, e 497, *caput*,



do CPC/2015 —, devendo essas correspondências ser observadas em face da nova exegese adotada pela Suprema Corte.

A nova orientação firmada na ADI 4296-DF, alcança, igualmente *por tabela*, o disposto no artigo 1º da Lei 9.494/1997, que manda, também, aplicar à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil [CPC/1973] — correspondentes aos artigos 300, *caput* e 497, do CPC/2015 — e o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348/1964, no artigo 1º e seu §4º da Lei nº 5.021/1966 e nos artigos 1º e 4º da Lei nº 8.437/1992.

Todas as disposições legais, proibitivas de concessão de liminar, pertencem, hoje, ao *museu da exegese*, por estarem implicitamente revogadas pela nova orientação firmada pelo STF na ADI 4296-DF.

Em face da decisão do STF na precitada ADI, se a pretensão da parte for a "compensação de créditos tributários", a Fazenda Pública poderá invocar, como *defesa processual*, a falta dos requisitos da tutela liminar, e, como *defesa de direito material*, o disposto no artigo 170-A da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), segundo o qual: "*É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial*". Com base nesse preceito, poderá o poder público se opor à compensação, mas, não mais com base no §2º do artigo 7º da LMS, e, sim, com base no retrocitado artigo do CTN.

Com a decisão proferida pelo STF nessa ADI, ficou superada a Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça, vendando a compensação de crédito tributário em ação cautelar ou por medida liminar, pelo que provavelmente será "cancelada" por esse tribunal.

Se a pretensão à compensação do tributo ocorrer em tutela provisória (antecipada ou cautelar), a sua contestação advirá apenas num momento posterior à eventual concessão da liminar, pelo que, se tal ocorrer, a alternativa possível à Fazenda Pública será a interposição de agravo de instrumento (CPC: artigo 1.015, I), com suporte no artigo 170-A do CTN, para obter, eventualmente, no tribunal a suspensão da eficácia da decisão, até o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) de mérito.

Não será também impossível a "compensação" na tutela da evidência, mormente a prevista no inciso II do artigo 311 do CPC e parágrafo único, desde que, em vez de postular, desde logo, a *extinção do crédito tributário*, na forma do artigo 156, II do CTN, o demandante pleiteie a declaração do seu direito de proceder à compensação, e, concomitantemente, a concessão de liminar para *suspender* a exigibilidade desse crédito, com base no artigo 151, IV e V, desse mesmo Código.

Se a compensação do crédito tributário for postulado judicialmente, por ter sido negada em sede administrativa, não impedirá, igualmente, a concessão da liminar, porquanto, nos termos do artigo 170-A do CTN, somente é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo objeto de *contestação judicial* pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.



Após a decisão do STF na ADI 4296-DF, caso a pretensão da parte seja a *entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior*, a defesa de natureza processual pela Fazenda Pública será, também, a falta dos requisitos da tutela liminar, bem assim, a exigência de prestação, pelo impetrante, de garantia (caução, fiança ou depósito), determinada com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, nos termos do artigo 7º, III, parte final da LMS.

A restrição na concessão de liminar na importação de bens do exterior resultou de situações concretas, numa época em que os compradores importavam veículos *Cadillacs* e os liberavam na alfândega através de medida liminar em ação de segurança, os quais, uma vez liberados, eram vendidos a terceiros, tomando destinos ignorados, e tornando impossível sua localização, se denegada a segurança.

Por força da decisão do STF na precitada ADI, em sendo a pretensão baseada na *reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou na concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza*, a defesa processual será, também, a falta de requisitos para a concessão da liminar, porque, em se tratando de *medida do gênero*, não entra em cena o precatório, conforme precedente do STJ no REsp 834.678/PR, entendendo haver incompatibilidade na submissão das tutelas antecipadas ao sistema de precatórios, visto que estas não podem ser postergadas em face da *"efetividade, auto-executoriedade e mandamentalidade ínsita aos provimentos de urgência"*.

Registro, por oportuno, que ao permitir o §3º do artigo 14 da lei mandamental a execução provisória da sentença concessiva do mandado de segurança, restou igualmente esvaziada, por perda de objeto, a expressão da sua parte final *"salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar"*, por haver a ADI 4296-DF declarado a inconstitucionalidade do §2º do artigo 7º dessa mesma lei.

Em princípio, pode parecer que a restrição à concessão apenas de liminares mandamentais não sejam inconstitucionais — como defendiam dos antigos processualistas —, vez que não vedariam o exercício da ação mesma, mas isso só seria defensável, nos casos em que a liminar não fosse necessária à preservação do direito subjetivo material, pois, se o fosse, haveria ofensa a um *"elemento conatural (ou componente essencial) do sistema de tutela jurídica"*, consistente na *medida liminar*, pois vedar *prima facie* essa possibilidade, ou impor restrições à concessão da liminar, fazendo-a depender de caução, torna a ação inadequada à defesa do direito, na forma prevista pela Constituição, constituindo uma ofensa ao direito subjetivo à jurisdição e ao devido processo legal.

Para entender melhor o que sejam esses *elementos conaturais* (ou *componentes essenciais*) do sistema de tutela jurídica, costumo me valer de fundamentos *metajurídicos*, comparando a ação processual (de fundo constitucional), destinada a *matar a sede de justiça*, com a água potável, elemento natural que *mata a sede do sedento*, *"tanto quanto a medida liminar (como elemento natural), preserva íntegro o direito da parte"*.

Quando uma pessoa física tem sede, é preciso que lhe seja dada água potável (H<sub>2</sub>O) para *matar a sua sede*, e *exatamente a água*, com todos os seus elementos constitutivos (duas parcelas de hidrogênio e uma de oxigênio), da mesma forma que, se alguém precisar da ação (direito de ação) para preservação do seu direito (material), é preciso dar-lhe a ação, também *com todos os seus elementos*, inclusive a *medida liminar*, pois, de outro modo, não cumpre ela o seu objetivo constitucional. Reconhecer ao



jurisdicionado o direito de ação, mas desprovido da possibilidade de obter a liminar, quando necessária, é o mesmo que pretender dar a quem tem sede, a "água potável", desprovida de um de seus componentes essenciais (dar, por exemplo, apenas H<sub>2</sub>O), porque não se estará dando a água; na verdade, não estará dando nada. Também não seria possível dar mais (H<sub>2</sub>O<sub>2</sub>), porque estaria dando "água oxigenada", que, se ingerida, intoxicaria (ou até mataria) o sedento.

Ao facultar o inciso III do artigo 7º da LMS, que possa o juiz exigir garantia do impetrante (caução, fiança ou depósito), com o objetivo de assegurar o ressarcimento de danos à pessoa jurídica, essa garantia alcança apenas a compensação de créditos tributários e a liberação de mercadorias provenientes do exterior, mas não a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens e pagamento de qualquer natureza, por ser com esta incompatível.

No que tange ao §2º do artigo 22 da Lei 12.016/2009, também declarado inconstitucional pelo STF na ADI 4296, 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.*"

Regra semelhante compõe, igualmente, o artigo 2º da Lei 8.437/1992, que, "*no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas*"; norma esta que foi, implicitamente e por tabela, revogada pela decisão proferida pelo STF na precitada ADI.

Normas legais desse jaez têm o indisfarçável propósito de beneficiar o poder público, embora o façam em linguagem afirmativa —, *a liminar só poderá ser concedida* (LMS: artigo 2º) ou *a liminar será concedida, quando cabível* (Lei 8.437/1992: artigo 2º) —, pois, na verdade, está vedando a concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem, antes, ouvir o representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Não é preciso ser adivinho para concluir que, ao ser a pessoa jurídica ouvida sobre a liminar, será, sempre, *contra a sua concessão*, porque a sua função, no mandado de segurança, na qualidade de *parte passiva*, é a de fazer a defesa do ato coator, e ninguém — além do legislador — suporia que viesse ela a manifestar-se a favor da liminar, para, mais tarde, na defesa do ato, sustentar a legalidade deste e a falta de suporte para a liminar.

Para agilizar o *mandamus*, é aconselhável que o juiz, ao determinar a manifestação da pessoa jurídica interessada, para os fins do §2º do artigo 22 da LMS, cuide, nessa oportunidade, de lhe dar também ciência da impetração, mediante remessa de cópia da petição inicial, *sem documentos*, para que, querendo, ingresse no feito (artigo 7º, II); porque, assim, ela já estará de posse da inicial, que contém as alegações do impetrante, para fazer aquilo que, de antemão, se sabe que irá fazer, que é se opor à concessão da liminar.

Ao mandado de segurança *coletivo*, aplicam-se todas as regras da Lei 12.016/09, no que forem com ele compatíveis.

No julgamento da ADI 4296/DF, *coincidentemente* com as premissas retro, por mim sustentada há várias



---

décadas — e também por Teresa Arruda Alvim —, o Supremo Tribunal Federal, *por maioria*, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 7º, §2º, e do artigo 22, §2º, da Lei nº 12.016/2009, sendo as presentes considerações apoiadas nesse precedente, que surpreendeu a todos, em face da postura sempre conservadora da Suprema Corte sobre esse tema.

**Date Created**

16/10/2021