



ADI 4.296 e liminar em mandado de segurança: uma proposta de compreensão de seu alcance¹

*ADI 4.296 and temporary injunction in writ of mandamus: a proposal
for understanding its scope*

*ADI 4.296 y tutela provisional en acción de amparo: una propuesta
para entender su alcance*

Cassio Scarpinella Bueno²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0567-6347>

E-mail: scarpinella@pucsp.br

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar o alcance da “eficácia vinculante” da decisão tomada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.296 sobre a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, que restringe a concessão de medida liminar em mandado de segurança em determinadas hipóteses, para verificar se o quanto decidido naquela sede alcança outras normas jurídicas similares que vedam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público. Para tanto, procedeu-se ao exame do acórdão tomado naquele caso para identificar a sua respectiva *ratio decidendi*. A metodologia empregada foi a da pesquisa bibliográfica, ampliada pelo exame de outras decisões do próprio STF, típica de um artigo jurídico exclusivamente dogmático. A conclusão é no sentido de que a *ratio decidendi* daquela decisão autoriza a compreensão de que a inconstitucionalidade reconhecida alcança não só a liminar em mandado de segurança, mas também normas similares que vedem a concessão de tutela provisória contra o Poder Público.

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

² Professor de direito processual civil e de direito processual tributário dos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP (São Paulo, SP, Brasil); Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP; Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual no triênio 2022-2024; Membro da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Iberoamericana de Direito Processual; Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9469392796850504>.

Palavras-chave

Eficácia vinculante; Precedentes; Liminar em mandado de segurança; Tutela provisória.

Sumário

1. Introdução. 2. A ADI 4.296 e a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009. 3. Efeitos diretos. 4. Efeitos indiretos. 5. Em busca da *ratio decidendi*. 6. Aplicações. 6.1. Outras formulações. 7. Conclusão.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the scope of the “binding effect” of the judgment taken by Brazilian Supreme Court (STF) in ADI 4.296 about the unconstitutionality of art. 7º, § 2º, of Federal Law n. 12.016/2009, that forbids the granting of a preliminary injunction in writ of *mandamus* in certain cases to verify if what is decided in that case reaches other similar legal norms that forbids the granting of a preliminary injunction against Public Power. To this end, the decision taken in that case was examined in order to identify its respective *ratio decidendi*. The methodology used was the bibliographic research, expanded by the examination of other decisions of STF, typical of an exclusively dogmatic legal article. The conclusion is that the *ratio decidendi* of that decision allows the comprehension that the unconstitutionality reaches other preliminary injunctions ruled by other statutes, not only the ones sought in a writ of *mandamus*.

Keywords

Binding effect; Precedents; Temporary injunction in writ of *mandamus*; Temporary injunction in general.

Contents

1. Introduction. 2. The ADI 4.296 and the unconstitutionality of art. 7º, § 2º, of Federal Law n. 12.016/2009. 3. Direct effects. 4. Indirect effects. 5. Searching the *ratio decidendi*. 6. Applications. 6.1. Other formulations. 7. Conclusion.

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar el alcance de la “eficacia vinculante” de la sentencia de inconstitucionalidad del Supremo Tribunal Federal brasileño en la ADI 4.296 sobre el art. 7º, § 2º, de la Ley Federal n. 12.016/2009, que restringe la concesión de una tutela provisional en “mandado de segurança” (acción de amparo) en ciertos casos para verificar si lo decidido en esa sede alcanza a otras normas legales que restringen la concesión de una tutela provisional contra el

Poder Público. Para tal efecto, se examinó la decisión adoptada en dicho caso a fin de identificar su respectiva *ratio decidendi*. La metodología utilizada fue la investigación bibliográfica, ampliada por el examen de otras decisiones del STF, propias de un artículo jurídico exclusivamente dogmático. La conclusión es en el sentido de que la *ratio decidendi* de dicha sentencia permite entender que la inconstitucionalidad reconocida alcanza no sólo la tutela provisional en acción de amparo, sino también normas análogas que prohíben la concesión de tutela provisional contra el Poder Público.

Palabras clave

Efecto vinculante; Precedentes; Tutela provisional en acción de amparo; Tutela provisional en general.

Índice

1. Introducción. 2. La acción directa de inconstitucionalidad (ADI) 4.296 y la inconstitucionalidad del art. 7º, § 2º, le Ley Federal 12.016/2009. 3. Efectos directos. 4. Efectos indirectos. 5. En busca de la *ratio decidendi*. 6. Aplicaciones. 6.1. Otras formulaciones. 7. Conclusión.

1. Introdução

Um dos assuntos mais desafiadores do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 diz respeito à influência que determinadas decisões devem exercer sobre processos em curso e futuros.

É o que merece ser extraído dos arts. 926 e 927 daquele Código:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Inúmeras são as discussões relativas ao tema, que vão desde a nomenclatura a ser adotada para descrevê-lo com maior acuidade, passando pelo grau de influência a ser exercida pelas decisões referidas no art. 927 do CPC, chegando à necessidade (ou não) de a edição daquelas decisões pressuporem *processo* (ou, quando menos, um *procedimento*) específico, em que haja ampla discussão acerca

de seus prós, contras e devidos reflexos nas mais diversas áreas que dialogam, com maior ou menor intensidade, com o contexto jurídico.

Também é correto acentuar que o art. 927 do CPC não é, em rigor, uma genuína novidade do CPC de 2015. Trata-se, bem entendido, muito mais de uma tendência que, aos poucos, foi sendo desenvolvida, percebida e consolidada no direito brasileiro³. Ecos dele, aliás, já se ouviam na redação original, de 1980, do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁴ e no art. 38 da Lei n. 8.038/1990, conhecida (impropriamente) como “Lei dos Recursos”⁵.

No que diz respeito especificamente às hipóteses dos incisos I e II do art. 927 do CPC, a observação é tanto mais correta. Em rigor, as previsões *legais* são inócuas, eis que suficientes as prescrições *constitucionais* dos arts. 102, § 2º⁶, e 103-A da Constituição Federal (CF)⁷, ambas introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário”.

Não obstante, o que tem tudo para ser novidade com relação ao tema no ambiente do CPC de 2015 é o papel que as decisões arroladas nos incisos de

³ A observação não passou incólume a José Carlos Barbosa Moreira em ensaio escrito a respeito das modificações então introduzidas pela Lei n. 9.756/1998 no CPC de 1973, intitulado *Algumas inovações da Lei n. 9.756 de matéria de recursos cíveis* (MOREIRA, 2001, p. 73-78).

⁴ “§ 1º Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal, ou for evidente a sua incompetência.”

⁵ “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

⁶ “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

⁷ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

seu art. 927 – e não obstante a diferença existente entre elas, a começar pelas proferidas no ambiente do controle concentrado de constitucionalidade – passam a assumir para além da previsão constitucional genérica de sua “eficácia vinculante”. É o que, pertinente e eloquentemente, já se propôs seja analisado na perspectiva da “indexação jurisprudencial” derivada daquele dispositivo codificado (BUENO, 2022b, p. 404-408).

Entre as tantas questões que poderiam ser postas – e o rol acima é meramente exemplificativo –, a que ocupa o presente artigo diz respeito ao grau de influência que uma decisão proferida no ambiente do controle concentrado, tal qual o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, pode assumir quando o administrado valer-se de mecanismos processuais diferentes do mandado de segurança para questionar algum ato da administração pública perante o Poder Judiciário. É dizer: se é inconstitucional dispositivo de lei que veda a liminar em mandado de segurança em determinadas situações, é correto afirmar que também o é a vedação de tutela provisória pleiteada quando a ruptura da inércia do Estado-juiz se der pelo procedimento comum ou por outros procedimentos especiais, disciplinados por outras leis extravagantes, tais como uma ação civil pública, uma ação popular ou uma ação de improbidade administrativa?

O questionamento mostra-se tanto mais pertinente porque o art. 1.059 do CPC determina que a vedação prevista no § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 deve ser aplicada *também* para a tutela provisória disciplinada pelo Livro V da Parte Geral do CPC de 2015⁸.

A hipótese proposta para debate e demonstração é a de ser possível (e necessário) o entendimento de que o quanto decidido pelo STF na ADI 4.296 com relação ao art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (embora seja pouco clara a *ratio decidendi* daquele julgado) alcança a juridicidade de outras normas jurídicas a ele similares, não obstante não serem consideradas expressamente durante os debates travados entre os julgadores.

⁸ “Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

2. A ADI 4.296 e a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009

A ADI 4.296, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tinha como objeto o reconhecimento da inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo: art. 1º, § 2º⁹; art. 7º, III¹⁰ e § 2º¹¹; art. 22, § 2º¹², art. 23¹³ e art. 25¹⁴ ou, ao menos, para que fosse

[...] conferida interpretação conforme à Constituição Federal 1988, de modo a impedir seja esvaziado o direito e a garantia fundamental do mandado de segurança, na sua máxima eficácia, evitando-se que seja ele medida inócua à proteção dos jurisdicionados contra atos ilegais ou abusivos advindos de autoridade pública.

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

O § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 vedava a concessão de medida liminar cujo objetivo fosse a compensação de créditos tributários, a entrega de

⁹ “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. [...] § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.”

¹⁰ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

¹¹ “Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] § 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.”

¹² “Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. [...] § 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.”

¹³ “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

¹⁴ “Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.”

mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Idêntica vedação já se encontrava no art. 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/1992¹⁵ para a compensação tributária; no art. 5º da Lei n. 4.348/1964 para os servidores públicos¹⁶; e no art. 3º, “a”, da Lei n. 2.410/1955¹⁷ e art. 1º, *caput*, da Lei n. 2.770/1956¹⁸ para a liberação de mercadorias provenientes do exterior.

Já de acordo com o § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009, a liminar em mandado de segurança coletivo só poderia ser concedida após a oitiva do representante judicial da pessoa de direito público no prazo de 72 horas. A regra encontra correspondência no art. 2º da Lei n. 8.437/1992¹⁹.

Como se vê, ambos os dispositivos foram questionados porque, de alguma forma, se mostravam capazes de comprometer a concessão da liminar em mandado de segurança no âmbito individual ou no coletivo, tanto quanto se deu com relação ao inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, cujo pronunciamento de inconstitucionalidade não reuniu a maioria dos Ministros votantes. Não deixa de ser curioso, contudo, que não tenha havido impugnação ao art. 8º da Lei n. 12.016/2009, que, embora em perspectiva diversa, tem inegavelmente o mesmo objetivo ao dispor que:

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

¹⁵ “§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.”

¹⁶ “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.”

¹⁷ “Art. 3º Nos mandados de segurança, porventura requeridos para obter o desembaraço de bens de qualquer ordem vindos a qualquer título do estrangeiro sem licença prévia ou com licença considerada falsa, observar-se-ão as seguintes normas: a) não se concederá, em caso algum, a suspensão liminar do ato contra o qual se requer o mandado referido no art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951;”

¹⁸ “Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.”

¹⁹ “Art. 2º 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.”

do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

A regra, que remonta ao art. 2º da Lei n. 4.348/1964²⁰, vinha recebendo, desde então, severas críticas da doutrina especializada, inclusive na perspectiva de sua inconstitucionalidade, justamente porque capaz de comprometer a plenitude eficaz da liminar em mandado de segurança, como assinalam Ferraz (2006, p. 267), e Bueno (1999, p. 260-267, e 2009, p. 229-235) para o art. 2º da Lei n. 4.348/1964 e Guimarães (2010, p. 146-153); Bonomo Júnior e Zaneti Júnior (2019, p. 228-229), e Bueno (2010, p. 84-88, e 2022c, p. 279-280), para o art. 8º da Lei n. 12.016/2009.

3. Efeitos diretos

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

Nesse contexto, tendo presente a literalidade da decisão tomada em relação à inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, não há espaço para duvidar que sua primeira compreensão é a de que não é juridicamente correto deixar de conceder medida liminar em mandado de segurança, mesmo quando seu objeto for a

[...] compensação de créditos tributários, a entrega de 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.

Tais “contracautelas *legais*”, para empregar interessante expressão proposta por Mantovanni Colares Cavalcante em artigo que se voltou ao exame da ADI 4.296 (CAVALCANTE, 2021, p. 1039-1041), não são óbices legítimos à concessão da liminar em mandado de segurança.

²⁰ “Art. 2º Será decretada a preempção ou a 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, deixar de promover, por mais de (3) três dias, os atos e diligências que lhe cumprirem, ou abandonar a causa por mais de (20) vinte dias.”

Nesse sentido, é correto interpretar aquela decisão, na parte que aqui interessa, no sentido de que o efeito vinculante que irradia da ADI 4.296 diz respeito à retirada, do ordenamento jurídico, do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009: não é constitucional excepcionar as hipóteses nele previstas para a liminar em mandado de segurança. Retirada, diga-se, que independe de qualquer manifestação do Senado Federal, tal qual a prevista para o reconhecimento *incidental* de inconstitucionalidade pelo STF no art. 52, X, da CF²¹.

A clareza da conclusão não pode conduzir a determinados equívocos.

A declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, contudo, não pode ser interpretada como se todo e qualquer pedido de liminar em mandado de segurança devesse ser deferido, evidentemente que não.

Uma coisa é retirar o indevido óbice legislativo apriorístico que impedia que o magistrado analisasse determinadas pretensões provisórias formuladas em sede de mandado de segurança; outra, bem diferente, é saber se, em cada caso concreto, estão presentes as exigências feitas pelo inciso II do art. 7º da Lei n. 12.016/2009. Somente se elas estiverem presentes é que a liminar deve ser concedida; caso contrário, a hipótese é de *indeferimento*.

4. Efeitos indiretos

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

Trata-se, não há como negar, da parte nuclear do presente artigo: o desafio é saber o alcance daquela decisão do STF em relação à escolha do veículo processual utilizado pelo administrado para questionar dado ato estatal. Se, apenas para ter presente a hipótese figurada para debate, o administrado pleiteia o reconhecimento judicial de direito à compensação tributária, mas o faz pelo

²¹ Cabe apontar a acesa discussão que existe acerca da atual compreensão daquele dispositivo constitucional e do papel do Senado Federal na declaração incidental de constitucionalidade a partir do julgamento, pelo STF, da Rcl. 4335 (STF, Rcl. 4335, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20 mar. 2014). Sobre o tema, v. Ferraz (2013, p. 1067).

procedimento comum do CPC, é juridicamente viável a concessão de tutela provisória atendendo ao seu pedido?

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

Para responder adequadamente a indagação, importa verificar, em primeiro lugar, se a decisão proferida no controle de constitucionalidade pode ser interpretada para além de seu *dispositivo*, mas também levando em conta a sua *ratio decidendi*, isto é, os fundamentos determinantes então alcançados para decidir em um ou em outro sentido. É afirmar por outras palavras: não há como duvidar da circunstância de o Pleno do STF ter declarado a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, todavia – e aqui reside o ponto que se pretende sublinhar e desenvolver – as razões adotadas pela maioria então formada são relevantes na *interpretação e aplicação posterior* daquela decisão?

A resposta que se mostra mais correta é a positiva. Não obstante o art. 102, § 2º, da CF emprestar às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade eficácia vinculante, isso não significa entender que não é necessário (*rectius*, indispensável) identificar a *ratio decidendi* (os fundamentos determinantes da decisão) para definir seu real campo de incidência ou, como propõe este artigo, o seu alcance. Corretas, no ponto, as lições de Gilmar Ferreira Mendes (2016, p. 1377-1380); Alexandre de Moraes (2009, p. 761-762); e Luiz Guilherme Marinoni (2022a, p. 15-22).

Aceita essa premissa, põe-se a necessidade de identificar a *ratio decidendi* do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, tarefa que justifica o próximo item.

5. Em busca da *ratio decidendi*

A busca da *ratio decidendi* ou, como prefere o CPC de 2015, dos “fundamentos determinantes”, embora não se confunda com ela, pressupõe a devida compreensão da fundamentação da decisão jurisdicional como um todo (BARIONI; ALVIM, 2019, p. 188-193; CAVALCANTE, 2021, p. 1031-1035).

Considerando a prática das decisões colegiadas nos Tribunais brasileiros, é importante ter presente que o acórdão pode ser mera *reunião* das opiniões expressadas pelos diversos magistrados, que não têm o dever de chegar a qualquer consenso sobre as razões do que se decide (ABBOUD, 2021, p. 691).

No caso concreto, a multiplicidade de entendimentos a respeito de cada um dos dispositivos questionados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil levou o Ministro Roberto Barroso, no limiar de seu voto, a lembrar de uma comédia do grupo britânico Monty Python em que “[...] havia uma corrida de 100 metros rasos. Era dado um tiro de largada e corria cada um para um lado. Então, nunca se ia saber exatamente quem tinha chegado na frente.” (p. 57 do acórdão)²².

Para a pesquisa em torno da *ratio decidendi*, de outra parte, é insuficiente a leitura da *ementa* do acórdão (SILVA, 2021, p. 39-40). Sem discutir nessa sede a utilidade ou a necessidade de as decisões colegiadas serem ou não ementadas, como chega a propor Mantovanni Colares Cavalcante (2021, p. 1033), o certo é que a ementa, em geral, representa o pensamento do relator, que a elabora. No caso, a ementa é fidedigna ao voto condutor, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, que, inequivocamente, assenta a premissa da constitucionalidade da liminar em mandado de segurança no próprio inciso LXIX do art. 5º da CF.

É ler, por expressivo, o seguinte trecho da ementa:

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

Ela não necessariamente representa a *ratio decidendi* do conjunto de votos que constitui o acórdão da ADI 4.296.

²² O periódico Migalhas não perdeu a oportunidade de fazer uma montagem da manifestação do Ministro com a cena referida por Sua Excelência. O conteúdo pode ser visto no seguinte endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=BA54NBgd3mI>.

O voto do relator originário da ADI 4.296, Ministro Marco Aurélio, foi em sentido bastante amplo, acolhendo, quase que integralmente, o pedido original tal qual formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Seu entendimento, contudo, não foi o vencedor, tendo prevalecido o voto menos amplo do Ministro Alexandre de Moraes, que se tornou o relator do acórdão, que contém manifestação de todos os Ministros participantes do julgamento. O acórdão, na íntegra, tem 129 páginas, em que os diversos dispositivos impugnados pelo autor da ADI são enfrentados.

A diversidade de fundamentação então destacada alcança também o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009. Não há dúvida de que o dispositivo foi considerado inconstitucional pela ampla maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, que a ele propunham interpretação conforme à Constituição, e o Ministro Nunes Marques, que reputava o dispositivo constitucional. O que não é tão claro são os fundamentos determinantes que levaram aqueles julgadores ao pronunciamento da inconstitucionalidade do dispositivo, isto é, qual a *ratio decidendi* daquela específica decisão e que exige, como se acentuou, a compreensão do *conjunto* de fundamentações então empregadas para alcançar aquela conclusão.

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

O Ministro Alexandre de Moraes entendeu inconstitucional o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (tanto quanto o art. 22, § 2º, da mesma Lei), por se tratarem de

[...] restrições **absolutas** à concessão de pedido de liminar deduzido em mandado de segurança, tanto o individual quanto o coletivo, afirmando novamente tratar-se de limitações irrazoáveis ao poder geral de cautela no âmbito do ‘*writ*’, ao pleno acesso à jurisdição e à liberdade e autonomia do Poder Judiciário. (p. 40 do acórdão).

Constituem, ainda na linha argumentativa de Sua Excelência, “[...] verdadeiros obstáculos ao poder geral de cautela, retirando do juiz, nas hipóteses ali descritas, a possibilidade de apreciação e resguardo liminar do direito” (p. 40-41 do acórdão), sendo certo, ainda, que

A concessão da medida cautelar em mandado de segurança encontra assento na própria Constituição Federal. A premissa básica do meu raciocínio é que, assim como o *habeas corpus* no campo penal, o mandado de segurança – seja campo cível, seja penal – é ação constitucional. A questão da cautelaridade é ínsita a essas ações constitucionais, sob pena de deixarmos, com o perdão da palavra, capenga a proteção constitucional. Assim, presentes os requisitos necessários à liminar, os seus efeitos imediatos e imperativos não podem ser obstados. (p. 41 do acórdão).

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

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

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

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

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

daqueles dois votos traz, contudo, qualquer peculiaridade em relação a se tratar de mandado de segurança.

O Ministro Gilmar Mendes divergiu da maioria quanto à tese de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009. Para Sua Excelência, a inconstitucionalidade reside apenas na vedação de liberação de mercadorias provenientes do exterior e na vedação da compensação tributária. Esta, desde que o pedido tenha como fundamento tese firmada em julgamento de casos repetitivos, na linha estabelecida pelo art. 311, II, do CPC; aquela em função do Tema 1.042 da sistemática da repercussão geral, em que se entendeu devido condicionar a liberação de mercadoria do exterior ao prévio depósito da diferença dos tributos devidos²³. Em ambos os casos, Sua Excelência destacou que não faria sentido que se vedasse em mandado de segurança o que seria obtível em “ação sob o rito ordinário” ou em sede administrativa (p. 120-121 do acórdão).

O Ministro Nunes Marques, por sua vez, entendeu *constitucional* o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 (p. 24-25 do acórdão). O fundamento de seu entendimento repousou na compreensão de que

O legislador pode mesmo ajustar, em termos procedimentais, a tutela jurisdicional. Ao impedir a concessão de tutela provisória para esses casos – repito, com base em vasta experiência histórica –, ele não denega a própria tutela jurisdicional, que continua podendo ser deferida em termos definitivos, mas apenas limita a atuação por meio de provimentos precários.

Sua Excelência também trouxe à tona o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 4 pelo Pleno do STF, em que foi decidida a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/1997, que versava sobre a vedação da então recém introduzida tutela antecipada, no CPC de 1973, em processos envolvendo a Fazenda Pública nos mesmos casos em que houvesse proibição para o mandado de segurança²⁴.

²³ A tese então fixada foi enunciada da seguinte maneira: “É constitucional vincular o despacho aduaneiro ao recolhimento de diferença tributária apurada mediante arbitramento da autoridade fiscal” (STF, RE 1.090.591, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16 set. 2020).

²⁴ “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

Da exposição que se acabou de fazer – e não obstante a pouca clareza a tal respeito a partir dos votos então externados e aqui examinados, tal qual se acabou de fazer –, mostra-se correto entender que a maioria que se formou em torno da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 deveu-se não apenas e tão somente à constatação de que a liminar em mandado de segurança tem derivação constitucional, no próprio art. 5º, LXIX, da CF, sendo parte ontológica daquele procedimento especial, mas também porque não é dado ao legislador frustrar aprioristicamente o chamado “poder geral de cautela”, que encontra fundamento no art. 5º, XXXV, da CF, e que vai além do mandado de segurança, por mais importante que seja – e não se está pretendendo sustentar nada de diferente –, e de seu (inequívoco) berço constitucional.

Há, isso é inegável, considerações feitas em diversos votos a título de *obiter dicta*, isto é, como reforço da argumentação (GREENAWALT, 2013, p. 185-187; 203-204), mas nenhuma delas, justamente por força dessa sua característica, compromete a suficiência daquelas duas premissas para justificar a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, quais sejam, o conflito da previsão infraconstitucional com os incisos XXXV e LXIX do art. 5º da CF.

É certo que se pode contra-argumentar no sentido de que a distinção é fundamental em função de julgados anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal que a sugeriram, com maior ou menor ênfase, inclusive na mais recente ADC 4, dirigida ao art. 1º da Lei n. 9.494/1997. Não foi por outro motivo, aliás, que os votos do Ministro Nunes Marques e do Ministro Gilmar Mendes, embora alcançando conclusões diversas (e por fundamentos diferentes), trouxeram à tona aquele julgamento.

Contudo, a maioria votante não fez nenhuma consideração sobre aquele julgamento, não sendo correto, destarte, querer atrelar sua significação ao quanto decidido naquela sede, máxime se se constatar a enorme diferença entre a composição do Supremo Tribunal Federal de então e a do julgamento da ADI 4.296.

Dir-se-á que a ausência de maiores considerações a respeito da ADC 4 ou de outros acórdãos anteriores do STF naquele sentido justificar-se-ia justamente porque naqueles julgamentos, diferentemente do que se pôs na ADI 4.296, não se questionava especificamente a constitucionalidade de regras restritivas do mandado de segurança, mas de outras técnicas processuais que passaram a ser disponíveis em outros procedimentos, inclusive no então vigente procedimento ordinário.

Embora a ressalva seja correta, não deixa de ser importante, mais uma vez, verificar que mesmo os Ministros que acompanham o voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes não fizeram maiores distinções a respeito do tema, analisando a inconstitucionalidade mais na perspectiva do art. 5º, XXXV, da CF e do poder geral de cautela do magistrado do que, propriamente, pela peculiaridade de se estar diante de regra específica (e restritiva) da liminar em (e somente em) mandado de segurança.

6. Aplicações

Aceito o entendimento de que a *ratio decidendi* do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.106/2009 repousa não só na compreensão de que a liminar em mandado de segurança tem assento constitucional, mas também porque o legislador não pode querer subtrair aprioristicamente do Poder Judiciário o exercício do chamado “poder geral de cautela”, a conclusão a se chegar, para responder o questionamento feito anteriormente, é a de que *quaisquer* normas jurídicas que, similarmente ao precitado dispositivo legal, vedam aprioristicamente o controle jurisdicional, ainda que *provisório*, para determinadas matérias, devem (também) ser consideradas inconstitucionais.

Isso porque, repita-se, o problema merece ser analisado (também) na perspectiva de violação ao inciso XXXV do art. 5º da CF, não apenas ao inciso LXIX daquele dispositivo constitucional.

Aplicando esse entendimento ao repertório normativo existente na atualidade e em vigor, é correto concluir que o art. 1.059 do CPC, o art. 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/1992 e a Súmula 212 do STJ são contrários à Constituição, devendo ter sua aplicação concreta recusada a partir do que se decidiu no bojo da ADI 4.296.

Idêntica sorte deve ser reservada ao art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN)²⁵, ao menos para quem pretenda enxergar nele uma regra de direito *processual*, como propõe Mantovanni Colares Cavalcante (2021, p. 1044-1045).

²⁵ “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.”

O dispositivo, contudo, convida a uma reflexão mais ampla, graças às vicissitudes do direito tributário. Sim, porque é o próprio direito *material* que veda a possibilidade de o crédito tributário ser extinto por decisão provisória, função a ser desempenhada, no contexto que aqui interessa, pela decisão transitada em julgado (art. 156, X, do CTN²⁶). Assim, o que é correto de se afirmar a partir do quanto decidido na ADI 4.296 a respeito do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 é que o art. 170-A do CTN não pode ser compreendido como óbice à concessão da liminar em mandado de segurança para fins de reconhecimento ao direito à compensação tributária; apenas como óbice (material) à *extinção* do crédito tributário. É o que propõe James Marins (2016, p. 576-578), no que é acompanhado por Cassio Scarpinella Bueno (2021, p. 298, e 2022c, p. 279).

O efeito causado por liminar em mandado de segurança ou mais amplamente por qualquer tutela provisória em relação ao crédito tributário é o de suspender a sua exigibilidade, o que encontra fundamento suficiente nos incisos IV e V do art. 151 do CTN²⁷. E é esta função, inequivocamente *acauteladora*, que está fora do alcance do legislador infraconstitucional, seja pela compreensão do papel constitucional da liminar em mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF), seja na grandeza do poder geral de cautela do magistrado (art. 5º, XXXV, da CF).

Por tal razão é que uma liminar (ou, mais amplamente, uma tutela provisória) que verse sobre o reconhecimento em favor do contribuinte de seu direito à compensação tributária não pode ser compreendida como interferência indevida no âmbito administrativo fiscal. O correto é entender que não pode haver vedação apriorística, mas não que aquela liminar (mesmo quando presentes os seus respectivos pressupostos) poderá por si compensar o crédito, o que significaria, em última análise, dar à liminar algo que, na perspectiva do direito material, não se pode obter antes do trânsito em julgado.

Camila Campos Vergueiro sustenta entendimento diverso a respeito das relações entre o reconhecidamente inconstitucional art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 e o art. 170-A do CTN. Para a Professora do IBET

[...] independentemente da inconstitucionalidade da regra processual, o artigo 170- A do Código Tributário Nacional (CTN), comando

²⁶ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] X – a decisão judicial passada em julgado.”

²⁷ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;”

material, impede o contribuinte de aproveitar tributo objeto de ‘contestação judicial’ antes que transite em julgado a decisão judicial que o reconheça como indevido. Trata-se de regra que proíbe a tomada de crédito (indébito tributário) pelo contribuinte e, conseqüentemente, o encontro de contas necessário para implicar a extinção do crédito tributário (débito do contribuinte) em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão que reconhece o indébito tributário que será objeto da compensação (artigo 156, II, do CTN). (VERGUEIRO, 2021, p. 2).

A questão, todavia, como salientado anteriormente, não é de querer extinguir o crédito pela compensação (art. 156, II, do CTN²⁸), mas de suspender sua exigibilidade (art. 151, IV ou V, do CTN) para, oportunamente, haver a extinção do crédito que, de acordo com o art. 156, X, do CTN, pressupõe o trânsito em julgado. O reconhecimento do indébito tributário em tal caso, embora ainda não acertado com ânimo de definitividade pelo Estado-juiz, é suficientemente atestado com base em cognição sumária, dada a finalidade acautelatória, de mero asseguramento, portanto, da medida. A circunstância, destarte, de haver “contestação judicial” do tributo, a despeito da *letra* do art. 170-A do CTN, é de todo indiferente para remover quaisquer obstáculos relativos à realização da compensação tributária.

A função inegavelmente *instrumental* da liminar em mandado de segurança (ou da tutela provisória) em relação ao futuro cumprimento da decisão é que deve ser destacada até como forma de separar, com nitidez, os planos *processual* e *material*, permitindo que eles *dialoguem* devidamente entre si, sempre com o cuidado de um não se sobrepor sobre o outro (BUENO, 2022a, p. 80; 96-97).

6.1 Outras formulações

A decisão da ADI 4.296 acerca da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 também não é clara sobre de que forma outras regras parelhas àquele dispositivo foram ou não afetadas. É o que se dá, por exemplo, com o art. 14, § 3º, da Lei n. 12.016/2009²⁹. A sua devida interpretação, a pres-

²⁸ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] II – a compensação;”

²⁹ “Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. [...] § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.”

supor, pois, a indispensável compreensão de seus fundamentos determinantes é, destarte, inegável.

Se é inconstitucional vedar a concessão de liminar em mandado de segurança, qual deve ser a compreensão da negativa do cumprimento provisório de uma sentença, tal qual propugna o § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009? Sim, porque, aquela regra – tanto quanto o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 –, acaba, como bem acentua Luiz Fux em sede doutrinária, por “[...] desvirtuar o Mandado de Segurança, tornando-o uma medida pouco eficaz para tratar das matérias a que se refere.” (FUX, 2010, p. 79).

O acórdão da ADI 4.296 nada diz a respeito. A única referência feita àquele dispositivo na oportunidade – ao lado do já examinado art. 170-A do CTN – está no voto do Ministro Gilmar Mendes e assim mesmo para afirmar a sua plena *constitucionalidade*, acentuando ser legítima a criação de restrições àquela iniciativa pela lei, justamente à falta de qualquer regra constitucional em sentido contrário, sendo a única exceção a do art. 100 da CF com relação ao pagamento de quantia. É ler, pela sua eloquência, o seguinte trecho da lavra de Sua Excelência: “Ou seja, inexistindo empecilho constitucional, coube à legislação infraconstitucional estabelecer restrições ao cumprimento provisório de obrigação de fazer/não fazer (p. 117-118 do acórdão)”.

Não obstante, o melhor entendimento parece ser o de que a fundamentação empregada pela maioria para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 serve para afastar *também* qualquer empecilho *genérico* e *abstrato* para o cumprimento provisório. E com um acréscimo importante: por se tratar de cumprimento provisório de sentença, fica afastado qualquer questionamento acerca da maior debilidade da cognição judicial, ínsita a provimentos de cunho provisório, como ocorre também com a liminar em mandado de segurança.

Outro ponto importante reside na seguinte constatação: suponha-se que, amanhã, seja editada uma nova lei que vede a concessão de liminar em mandado de segurança ou, mais amplamente, a tutela provisória para, por exemplo, suspender concursos públicos, licitações ou obras públicas. Seria correto entender que tal (e, por ora, hipotética) vedação deveria ser considerada *inconstitucional*, por força do quanto decidido no âmbito da ADI 4.296?

A se aceitar a proposta aqui feita de que a *ratio decidendi* que conduziu a ampla maioria ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 deve ser considerada na adequada compreensão do que foi decidido naquela oportunidade e que a *ratio* abrange também o art. 5º, XXXV, da CF, é possível (e desejável) extrair do que foi estabelecido para o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 naquela oportunidade que *qualquer vedação apriorística e genérica* feita pelo legislador infraconstitucional deve ser considerada agressiva ao contorno *constitucional* do chamado poder geral de cautela do magistrado.

7. Conclusão

Sobre a proposta feita pelo presente artigo, haverá quem a afirmará inócua. Isso porque o caráter vinculante de uma ADI reside não na *ratio decidendi*, mas na própria decisão, isto é, no seu dispositivo. É dizer: o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 foi retirado, pela decisão tomada pelo STF na ADI 4.296, do ordenamento jurídico. As razões pelas quais isso se deu são indiferentes para a compreensão do alcance de sua eficácia vinculante. É o caso, *v.g.*, de Georges Abboud (2021, p. 693-698) e de Nelson Nery Jr. e Georges Abboud (2019, p. 912-913).

Não há como deixar de concordar com a observação; não, entretanto, com seu alcance. Isso porque o estudo da *ratio decidendi* da ADI 4.296 é essencial na busca de maior previsibilidade possível quanto à (in)constitucionalidade de outras regras pertencentes ao ordenamento jurídico e que, tanto quanto o § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, vedam, *apriorística e generalizadamente*, tutela provisória contra o Poder Público. Serão elas, na perspectiva da jurisprudência do STF, tendo presente a sua mais recente manifestação sobre o tema, inconstitucionais? Ou, porque aquelas regras não são relativas exclusivamente ao mandado de segurança, elas serão constitucionais tal qual teve oportunidade de decidir o STF para a tutela antecipada no bojo da ADC 4?

Para o enfrentamento da questão, não há como desconsiderar que a Advocacia-Geral da União chegou a suscitar o descabimento da ADI 4.296 com relação ao art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, no que tange à vedação da compensação tributária, porque o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não teria impugnado o correlato “complexo normativo”, isto é, outros dispositivos que veiculam regras similares.

Nenhum Ministro acolheu aquela preliminar em relação ao dispositivo aqui examinado³⁰. É certo que tal percepção convida ao entendimento de que o foco de atenção no julgamento foi exclusivamente o mandado de segurança, justamente porque o confronto do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 com a Constituição independia da análise de qualquer outra norma jurídica a ele similar.

O que se mostra correto de acentuar a respeito é que não houve qualquer “declaração de inconstitucionalidade por arrastamento”³¹ dos dispositivos que, de alguma forma, mostram-se similares ao art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009. Contudo, é justamente por isso, pela ausência de qualquer deliberação expressa e específica a respeito daquele conjunto normativo — cuja falta, repita-se, não foi tida como óbice para deixar de conhecer do questionamento acerca do dispositivo legal aqui focado — é que torna o exame aqui proposto, tanto quanto a conclusão nele alcançada, tão importantes. De novo, sem receio da repetição: até que ponto se pode *interpretar* o quanto decidido na ADI 4.296 do STF a respeito da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 com relação a outras normas jurídicas que, de forma mais ou menos direta, veiculem conteúdo similar? Essa interpretação, indispensável, pressupõe a identificação da *ratio decidendi*, tal qual se propõe aqui.

Conclusão inarredável é a de que, como é típico de qualquer sistema que não consegue antecipar com definitividade suas respostas, a questão está em aberto e que, mais dia ou menos dia, ela chegará ao STF pelo controle concentrado (não consta, de qualquer sorte, que haja qualquer iniciativa com relação ao art. 1.059 do CPC, para fazer referência à regra de direito mais recente a respeito do tema) ou pelo difuso e que então, somente então, poderá receber *uma* resposta. As duas soluções, de qualquer sorte, buscam reduzir o inegável subjetivismo que a conclusão ora proposta – ou a que lhe seja oposta – carrega. E se assim o é, porque falta clareza e univocidade na compreensão não só das premissas regentes do sistema brasileiro de precedentes, mas também de seus efeitos concretos e práticos. A própria dispersão e a dificuldade de identificação das razões pelas quais o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 foi declarado inconstitucional, que

³⁰ O Ministro Nunes Marques acolheu a preliminar com relação ao art. 1º, § 2º, e ao art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009; em seu voto, contudo, não há nenhuma referência sobre o art. 7º, § 2º, não obstante sua escorreita identificação no relatório de seu voto.

³¹ Assim compreendida, com Luiz Guilherme Marinoni, como aquela em que “[...] permite arrastar a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo especificamente impugnado até os contaminados pela inconstitucionalidade aferida a partir da petição inicial.” (MARINONI, 2022b, p. 104)

marca o desenvolvimento do presente artigo, são prova suficiente do acerto de tal entendimento.

No dia em que aquela resposta for dada, a *estabilidade*, a *integridade* e a *coerência* da jurisprudência do STF – atributos tão enaltecidos por Lenio Luiz Streck (2016, p. 1186-1187) –, para empregar os vocábulos do *caput* do art. 926 do CPC, devem indicar que não pode a lei infraconstitucional querer frustrar aprioristicamente o poder geral de cautela, independentemente de o administrador ter se valido de mandado de segurança para questionar determinado ato da administração pública. Não porque o STF o tenha dito, eis que, em rigor, o *objeto* de seu pronunciamento se circunscreveu ao art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, mas porque as razões para se chegar à conclusão da inconstitucionalidade daquele dispositivo são plenamente válidas para *também* afirmar inconstitucionais quaisquer outras regras que vedem aprioristicamente a concessão de tutela provisória. Não se trata, em suma, de violar (apenas) o art. 5º, LXIX, da CF, mas também o inciso XXXV daquele dispositivo constitucional, segundo o qual a lei “(...) não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

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

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARIONI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. **Revista de Processo**, v. 44, n. 296, p. 183-204, out. 2019.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de segurança individual e coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. v.1: Parte geral do Código de Processo Civil.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. v. 2

BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança: um tema com variações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do poder público em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2022c.

BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória e a compensação tributária: os efeitos práticos da declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009. *In*: CONGRESSO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS: meio século de tradição, 18., 2021, São Paulo. [Anais...]. São Paulo: Noeses: IBET, 2021. Coordenação de Paulo de Barros Carvalho.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. O mandado de segurança em matéria tributária e as teses vinculantes fixadas na ADI 4.296. *In*: CONGRESSO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS: meio século de tradição, 18., 2021, São Paulo. [Anais...]. São Paulo: Noeses: IBET, 2021. Coordenação de Paulo de Barros Carvalho.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Comentários ao art. 52, X. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010.

GREENAWALT, Kent. **Statutory and common law interpretation**. New York: Oxford, 2013.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. Comentários ao art. 8º. *In*: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor (org.). **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tipos de decisão constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022b.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINISTRO Barroso cita cena de Monty Python em julgamento. **Migalhas**, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BAAs4NBgd3mI>. Acesso em: 14 fev. 2022.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei n. 9.756 de matéria de recursos cíveis. *In*: _____. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/download/17/14/48>. Acesso em: 27 jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 926 *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

VERGUEIRO, Camila Campos. A tutela provisória, o Supremo Tribunal Federal e a compensação. **Conjur**, São Paulo, 25 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-25/processo-tributario-tutela-provisoria-supremo-compensacao>. Acesso em: 5 fev. 2022.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 212. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula212alterada.pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 4/DF**. Relator: Min. Sydney Sanches. Redator para o acórdão: Min. Celso de Mello, 1º de outubro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.296/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 9 de junho de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757693665>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação 4.335/AC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.090.591/SC**. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de setembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754002532>. Acesso em: 12 fev. 2022.

Legislação citada

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Constituição. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.410, de 29 de janeiro de 1955**. Prorroga até 30 de junho de 1956 o regime de licença para o intercâmbio comercial com o exterior, nos termos estabelecidos na Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953. Brasília: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2410.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956**. Suprime a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1974]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2770.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%202.770%2C%20DE%204,estrangeira%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964**. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4348.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966**. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15021.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil**. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.** Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18437.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL **Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998.** Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Brasília: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19756.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno [do Supremo Tribunal Federal]. **Diário da Justiça**, v. 55, n. 205, p. 8665-8677, 27 out. 1980. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/regimentointerno1980.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.