

DIEGO DINIZ RIBEIRO
JORGE SYLVIO MARQUEZI JÚNIOR
MARCELO VIANA SALOMÃO
(COORDENADORES)

A nova lei do mandado de segurança no direito tributário

CAROLINA LIMA MATTHES
DIEGO DINIZ RIBEIRO
EDUARDO ARRUDA ALVIM
FABIANA DEL PADRE TOMÉ
FÁBIO PALLARETTI CALCINI
FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI
HUGO DE BRITO MACHADO
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
JOÃO BOSCO DA NÓBREGA CUNHA
JORGE SYLVIO MARQUEZI JÚNIOR
JOSÉ LUIZ MATTHES
MARCELO VIANA SALOMÃO
MÁRCIO SEVERO MARQUES
MARCOS DE AGUIAR VILLÁS-BÔAS
RODRIGO CÉSAR DE OLIVEIRA MARINHO

APET

MP
EDITORA

Diego Diniz Ribeiro
Jorge Sylvio Marquezi Júnior
Marcelo Viana Salomão
(Coordenadores)

A nova lei do mandado de segurança no direito tributário

Autores:

Carolina Lima Matthes
Diego Diniz Ribeiro
Eduardo Arruda Alvim
Fabiana Del Padre Tomé
Fábio Pallaretti Calcini
Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini
Hugo de Brito Machado
Hugo de Brito Machado Segundo
João Bosco da Nóbrega Cunha
Jorge Sylvio Marquezi Júnior
José Luiz Matthes
Marcelo Viana Salomão
Márcio Severo Marques
Marcos de Aguiar Villas-Bôas
Rodrigo César de Oliveira Marinho

MP
EDITORA

N811

A nova lei do mandado de segurança no direito tributário /
autores: Carolina Lima Matthes... [et al.] ; Marcelo Viana Salomão,
Jorge Sylvio Marquezi Júnior, Diego Diniz Ribeiro (coordenadores). - São Paulo : MP Ed., 2010.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7898-039-9

1. Mandado de segurança - Brasil. 2. Direito tributário - Brasil. I. Matthes, Carolina Lima. II. Ribeiro, Diego Diniz. III. Marquezi Júnior, Jorge Sylvio. IV. Salomão, Marcelo Viana.

10-2863

CDU: 347.951.3(81)

Capa
Veridiana Freitas

Preparação e revisão de provas
Mônica Aparecida Guedes

Editoração
Mônica Aparecida Guedes

Diretor responsável
Marcelo Magalhães Peixoto

Todos os direitos desta edição reservados à

© MP Editora – 2010
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2482, 6º andar
01402-000 – São Paulo
Tel./Fax: (11) 3101 2086
adm@mpeditora.com.br
www.mpeditora.com.br
ISBN 978-85-7898-039-9

A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E DIREITO INTERTEMPORAL: QUESTÕES CONTROVERSAS

Diego Diniz Ribeiro

Advogado. Mestre em direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professor dos cursos de pós-graduação do IBET, FMU e EPD – todos em São Paulo/SP.

Jorge Sylvio Marquezi Júnior

Advogado de Brasil Salomão e Matthes Advocacia. Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-graduado em processo civil pela Fundação Armando Álvares Penteado em Ribeirão Preto – FAAP. Mestrando em direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor do curso de pós-graduação do IBET.

1. A Lei n. 12.016/09 e o novo mandado de segurança

A figura do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro é secular. Seus primeiros traços já eram percebidos na Constituição de 1891, quando esta, ao prever o *habeas corpus*, lhe dava um tratamento mais extenso para salvaguardar não só o direito de locomoção, mas também outros tipos de coação e violências decorrentes de ilegalidades ou abusos de poder do Estado.

Foi, todavia, com a Constituição de 1934 que efetivamente surgiu a figura do mandado de segurança no ordenamento pátrio, ação típica do direito brasileiro. O item n. 33 do art. 113 da citada Constituição assim previa:

Art. 113 (...)

(...)

33) 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 petitorias competentes.

Desde então o mandado de segurança passou por diversas modificações, sofreu restrições até que, em 31 (trinta e um) de dezembro de 1951, foi regulado pela Lei n. 1.533, a qual tratava da matéria no âmbito infraconstitucional até o advento da Lei n. 12.016/09.

Desde seu nascituro, o remédio constitucional em questão sempre se prestou a garantir direitos individuais contra abusos e ilegalidades promovidos pelo Estado.

Atualmente, com a figura do mandado de segurança coletivo, também se presta a tutelar não só direitos individuais, mas também direitos da coletividade como um todo.

É neste cenário que surge a nova lei do mandado de segurança, trazendo algumas novas questões passíveis de ponderações no presente trabalho.

2. O direito intertemporal: fixando premissas

Antes, todavia, de ingressar no tema que ora nos propomos tratar, é necessário fazer algumas conceituações sobre os principais institutos que circundam este estudo: processo, procedimento, atos processuais, direito intertemporal e segurança jurídica.

Para conceituar processo, valemo-nos das lições de Cassio Scarpinella Bueno¹. Desta feita, processo seria o método de atuação do Estado, o conjunto de técnicas que ele deve utilizar para poder praticar e exteriorizar suas vontades. Neste sentido, é importante lembrar que nosso Estado, por definição constitucional, é democrático e de direito e, por isso, este método deve nortear toda a atividade estatal. Mais ainda, relevando-se a importância e o imperativo constitucional para a existência do processo – frisando-se que nosso Estado é democrático e de direito – ele só pode ter natureza jurídica pública, nunca privada.

Por isso, quando se usa o vocábulo linguístico “processo”, ao menos no contexto inserido em nosso ordenamento jurídico, deve se ter em mente não só o processo civil, trabalhista, penal ou qualquer outro, mas sim toda atuação estatal que deve se pautar, inevitavelmente, pelas diretrizes constitucionais postas, sob pena de invalidade do ato praticado.

Aceitando-se esta definição, o processo – como conceito – seria algo invariável, podendo existir, isto sim, uma série de procedimentos possíveis para sua implementação prática.

1. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil* - vol. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O quanto exposto acima já nos evidencia que o procedimento é o conjunto de técnicas existentes para que o processo possa se materializar e atingir sua finalidade de possibilitar a prática e exteriorização da vontade estatal. Desta feita, o que existe são diferentes tipos de procedimento e não de processo².

Atos processuais seriam, por sua vez, todos os atos jurídicos – vez que vertidos em linguagem jurídica – realizados no arcabouço de um determinado procedimento, visando à materialização do processo.

Seguindo em nosso mister de, primeiramente, trazer conceitos sobre os institutos que analisaremos, é importante pontuar que o “direito intertemporal do processo” contemplaria as modificações ocorridas ao longo do tempo nas legislações que disciplinam o procedimento, as quais seriam, ou não, aplicadas àqueles que ainda estão em curso.

Em outros termos, o estudo do “direito intertemporal do processo” cinge-se a analisar as modificações trazidas pelos novéis diplomas legais que se aplicarão (ou não) – e em que medida se aplicarão – aos procedimentos já em curso.

É importante destacar, de plano, que não há uma norma jurídica que discipline, ao menos satisfatoriamente, esta questão. O que há no ordenamento são as disposições genéricas sobre revogação previstas nos artigos 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil³ e no artigo 1.211 do Código de Processo Civil⁴.

2. Aqui vale uma ressalva: pelo conceito que ora propomos, haveria uma imprecisão terminológica quando se diz “tipos de processo”, pois, o que varia é o procedimento.

3. Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

4. Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes.

O artigo 1.211 do diploma processual civil, entretanto, de forma alguma é suficiente para elucidar o problema ora proposto, tendo em vista que os atos que se realizam no processo são inúmeros, dependentes uns dos outros⁵ e visam a um objetivo final maior: a tutela jurisdicional⁶.

O que queremos dizer é que no curso do processo – aqui utilizado o vocábulo no sentido ordinário – é realizada uma série de atos⁷, os quais são dependentes uns dos outros e disso, sem dúvida, transcendem todas as dificuldades pragmáticas quando há mudança da legislação que versa sobre o procedimento, especialmente para saber em que medida ela deve se aplicar aos que já estão em curso.

No final das contas, o que queremos abordar é em que medida o princípio da segurança jurídica atua quando há modificação da legislação permitindo a sua aplicação aos procedimentos que já estão em curso. Aqui, também em matéria processual, vale a regra geral de que as leis novas não retroagem para atingir os fatos ou atos ocorridos no passado⁹.

E, se estamos tratando de segurança jurídica, temos que analisar se os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito¹⁰, previstos constitucionalmente, se aplicam aos atos processuais. Antes disso, contudo, seguindo a proposta metodológica estabelecida neste trabalho, cumpre trazer algumas ponderações doutrinárias sobre tais institutos, além da conceituação legal que acima já foi exposta:

5. A regra declinada no Código de Processo Civil é de que os atos posteriores realizados no processo dependem da validade dos anteriores. "Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes".
6. Como tutela jurisdicional, devemos entender a efetiva proteção do direito ameaçado ou lesionado que se manifesta exteriormente ao processo.
7. Ato processual é, portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 331).
8. Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.
9. É oportuno fazer a distinção entre retroatividade e aplicação imediata quando estamos na seara do direito processual civil. Costuma-se também afirmar a distinção entre retroatividade da lei e sua aplicação imediata (Roubier). Retroatividade é a imposição do império de uma lei a fatos pretéritos ou situações consumadas antes da vigência, enquanto aplicação imediata é a sua imposição a fatos e situações pendentes quando entra em vigor (DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do código de processo civil. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 36).
10. Art. 5º (...)
(...)
XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

De forma muito sintética, o direito adquirido é um direito subjetivo, ou seja, que já pertence a um sujeito determinado, ainda que tal direito não tenha ainda sido exercido. Quando um determinado direito já adentrou na esfera patrimonial de uma pessoa (ainda que não exercido), uma lei nova não pode vir e alterá-lo, sob pena de ofensa ao direito adquirido, vez que “*essa possibilidade de exercício do direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente*”¹¹.

No que tange à existência de um direito adquirido processual, oportunas são as palavras de Dinamarco:

Na relação jurídica processual, que é por definição dinâmica e evolutiva, situações novas se criam diante de cada ação ou omissão dos seus sujeitos. Tais são os chamados “direitos processuais adquiridos”, tomada esta expressão no amplíssimo sentido tradicional indicador das situações já consumadas. Prevalece, em direito processual como na ordem jurídica em geral, essa regra de equilíbrio reguladora da tensão entre a força da lei que chega e o respeito à segurança das relações jurídicas preexistentes, constitucionalmente assegurado¹².

E mais adiante conclui o citado professor:

A freqüente alusão doutrinária a situações jurídicas constituídas prevalece também em direito processual intertemporal e, nesse contexto, falar em direito processual adquirido significa substancialmente levar em conta as situações processuais consumadas, cuja efetividade deve resistir à superveniência da lei processual nova¹³.

Já o ato jurídico perfeito “*é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha*”¹⁴, ou seja, é o direito adquirido já exercido, já esgotado, razão pela qual

11. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. p. 435.

12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 42.

14. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 100.

não pode a lei nova vir a alterar o direito já exercitado. Percebe-se que a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está, respectivamente, na maior abstração e generalidade ou na maior concretude e individualidade da norma.

Versando sobre esse tema, José Afonso da Silva bem leciona que a “*diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei*”¹⁵.

Estando fixados estes dois conceitos, vale a pena trazermos considerações sobre a aplicação das leis novas ao procedimento. Existem algumas teorias sobre a aplicação das leis novas aos processos em curso, as mais estudadas são:

- a) Teoria da Unidade Processual – sendo o processo um todo, constituído por um conjunto de atos indissociáveis, seria regulado por uma só lei processual, a velha ou a nova. Admitida a aplicação da lei nova para todos os atos do processo, poder-se-ia falar em lei processual retroativa;
- b) Teoria das Fases Processuais – a lei nova só incidiria sobre fase processual em curso ou a se iniciar. Portanto, analisadas as fases autônomas do processo (postulatória, instrutória, decisória, recursal e executória), a lei nova não atingiria aquelas já encerradas; e
- c) Teoria do Isolamento – a lei nova só teria eficácia quanto aos atos processuais futuros, respeitada a eficácia dos atos já praticados na vigência da lei velha.

A teoria mais aceita é a do isolamento dos atos processuais¹⁶, todavia, há uma dificuldade na sua aplicação, pois não há como isolar absolutamente os atos processuais, tendo em vista que os atos posteriores dependem, ao menos em regra, dos anteriores.

Firmado este raciocínio, Cassio Scarpinella Bueno propõe três diretrizes para a elucidação do tema:

15. Op. cit. p. 436.

16. O nosso ordenamento jurídico, em matéria de direito intertemporal, adotou o chamado sistema de isolamento dos atos processuais. Por isso, no direito brasileiro, a lei nova incide e se aplica aos processos pendentes, respeitados, entretanto, os atos jurídicos processuais já praticados e seus respectivos efeitos jurídicos.

Primeira: todos os atos processuais praticados antes da entrada da nova lei processual civil devem ser respeitados e seus efeitos não podem ser desfeitos.

Segunda: todos os atos processuais ainda não praticados sob a égide da lei "velha" serão praticados com total observância da lei processual civil nova. A exceção a isto fica por conta de eventual disposição em sentido contrário trazida pela lei nova.

Terceira: a entrada em vigor da lei nova, quando está em curso a prática de atos processuais, deve respeitar todos os efeitos já consumados, sendo sua aplicação de rigor para disciplinar os novos efeitos que ainda se esperam. A lei nova por assim dizer, captura e passa a reger tudo aquilo que não contradiz, que não anula, que não elimina a lógica, os efeitos e os próprios atos anteriores¹⁷.

Com as ponderações acima evidenciadas, acreditamos que a lei processual nova, em nosso entendimento se aplica aos atos processuais ainda não concretizados. Há certa dificuldade quando o ato ainda não se concretizou, mas o prazo para sua realização já está em curso.

Nestes casos, acreditamos que deve ser aplicada a lei *velha*, pois o direito a praticar o ato surgiu ainda sob sua égide¹⁸.

3. Segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas

Delimitada a ideia de direito intertemporal e a forma como o sistema jurídico trata essa questão no âmbito do processo civil, convém agora tecer algumas considerações acerca do princípio da segurança jurídica, o qual apresentará enorme importância para as conclusões a serem alcançadas ao longo deste trabalho.

17. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil*, 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 445.

18. Como já observou Pontes de Miranda, "o recurso interponível é aquele que a lei do momento da decisão ou da sentença, ou da deliberação do corpo coletivo, aponta como cabível. Se era irrecorrível, não se faz recorível com a lei posterior, porque seria atribuir-se à regra jurídica retroeficácia, infringindo-se princípio constitucional. A eficácia que se produziu tem de ser respeitada (e.g., pode recorrer no prazo x); efeito novo não é de admitir-se. Nem se faz recorível o que não era; nem irrecorrível o que se sujeitava a recurso. Se a lei nova diz caber o recurso a e a lei da data da decisão ou da sentença ou do julgamento coletivo referia-se ao recurso b, não se pode interpor a em vez de b. Os prazos são os da data em que se julgou" (*Comentários*, Forense, Tomo VII, 3ª ed., atualizada por Sérgio Bermudes, 1999, p. 33-34).

Assim, convém desde já destacar que segurança jurídica é norma jurídica, mais precisamente um princípio¹⁹, tendo por finalidade *buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público*²⁰.

Por se tratar de um princípio, a segurança jurídica apresenta uma finalidade própria, qual seja, a de dar previsibilidade, calculabilidade e também estabilidade àquele para quem o direito posto se destina, de forma que este tenha uma expectativa jurídica congruente de seus direitos e deveres, sem, entretanto, delimitar precisamente quais seriam os mecanismos para se atingir tal fim.

Tais mecanismos, em verdade, são precisados por regras jurídicas, as quais estabelecerão as condutas necessárias para se atingir os objetivos almejados pelo princípio da segurança jurídica. Dentre tais regras destacamos, *v.g.*, as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, além também das normas de direito intertemporal no âmbito do processo civil.

19. Para distinguir regras de princípios, nos valemos da teoria defendida pelo professor Humberto Ávila em seu livro *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Nos valemos, pois, de três critérios para distinguir os princípios das regras. O primeiro dos critérios empregados é o da natureza do comportamento prescrito. Este critério deixa claro que as regras prescrevem de forma imediata e com maior exatidão um comportamento e, de forma mediata, uma determinada finalidade, enquanto os princípios atuam como normas finalísticas, descrevendo comportamentos necessários, mas não precisos. O segundo critério dissociante seria o da natureza da justificação exigida. Por tal critério as regras, por serem normas imediatamente finalísticas e imediatamente comportamentais, *i.e.*, por descreverem de forma muito mais precisa e objetiva um determinado comportamento, demandam um ônus argumentativo menor, na medida em que a descrição normativa serve, por si só, como justificação (ÁVILA, Humberto Bergmann. *A teoria dos princípios*. p. 74). No caso das regras, a argumentação do intérprete se limita praticamente a demonstrar que o fato ocorrido no mundo fenomênico se subsume àquele descrito no antecedente normativo. Já os princípios, por se tratar de normas imediatamente finalísticas e mediatamente comportamentais, não definindo, portanto, de forma exauriente e precisa as condutas necessárias para a realização do fim almejado por tal espécie normativa, dependem de um maior poder de argumentação do aplicador. Por fim, o terceiro critério empregado para discernir as regras dos princípios é o chamado critério da medida de contribuição para a decisão. Os princípios, ainda por serem imediatamente finalísticos e mediatamente comportamentais, não apresentam, diante de um caso concreto, *i.e.*, no instante da aplicação do direito posto, a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão (ÁVILA, Humberto Bergmann. *A teoria dos princípios*. p. 76) por parte do intérprete autêntico. Já as regras, por serem normas mediatamente finalísticas e imediatamente comportamentais, têm o intuito de gerar uma decisão específica para o conflito de interesses. As regras têm pretensão de decidibilidade.
20. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. p. 295 (grifos do autor).

Ressalte-se, ainda, que o princípio da segurança jurídica não visa estabilizar toda e qualquer expectativa de forma uniforme, mas apenas aquelas prescritas pelo próprio direito, ou seja, que ao direito posto interessa.

É por isso que Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que segurança jurídica é *o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas*²¹ ou, como prefere Christine Mendonça, uma *previsibilidade juridicizada*²². Essa também é a opinião de Roque Carrazza quando ensina que *uma das funções precípua do Direito é dar segurança (segurança jurídica) às pessoas*²³.

Em verdade, quanto maior essa previsibilidade e calculabilidade, maior a estabilização das expectativas jurídicas e, quanto maior a estabilização das expectativas jurídicas, maior a previsibilidade e calculabilidade, i.e., maior a segurança jurídica. E essa preocupação toda se dá porque *o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida*²⁴.

Partindo deste conceito de segurança jurídica, é possível asseverar que em processo civil este princípio também está atrelado à ideia de previsibilidade e calculabilidade, i.e., à possibilidade de os atores da relação processual antever, programar e calcular os efeitos da prática de um determinado ato processual.

Feitos tais comentários, analisaremos agora suas implicações para a nova lei do mandado de segurança.

4. Medida liminar e mandado de segurança: as vedações do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, direito intertemporal e segurança jurídica

O art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/09 prevê algumas hipóteses de vedação quanto à concessão de medida liminar em sede de mandado de segurança. Eis a redação do aludido dispositivo:

21. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168 (g.n.).
22. MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional, in *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 49 (g.n.).
23. CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais, in *Efeito 'ex nunc' e as decisões do STJ*, p. 60 (g.n.).
24. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 257.

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.

(...)

Segundo o artigo transcrito é vedada a concessão de medida liminar em quatro hipóteses: a) para a compensação de créditos tributários; b) para a entrega de mercadorias oriundas do exterior; c) para a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; e d) para a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza para funcionários públicos.

Não analisaremos aqui a duvidosa constitucionalidade de tais vedações, em especial o aparente confronto dessa nova regra com a garantia constitucional de direito de ação. Não é esse o objetivo do presente estudo.

Aqui daremos um passo adiante e admitiremos a juridicidade do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, para então verificarmos a sua convivência com as regras de direito intertemporal e com o princípio da segurança jurídica.

Dois possíveis problemas são prontamente descartados nesse momento: a) a hipótese de incidência desse dispositivo para casos já encerrados e b) a sua aplicação para *writs* ainda não impetrados.

Na primeira hipótese, já tendo o caso sido encerrado, não há que se falar em incidência dessa novel disposição. O ato em questão (concessão de medida liminar) já foi praticado e seus efeitos já foram esgotados. Em verdade, se a relação processual encontra-se finda, é porque houve o advento de uma decisão definitiva que, por sua vez, se sobrepôs à decisão precária e seus efeitos.

No segundo exemplo há pouco citado, ou seja, em casos de *mandamus* ainda não impetrado, não resta dúvida de que a lei a ser aplicada é a nova, na medida em que estamos falando de uma relação processual a ser formada.

A grande celeuma advém da hipótese de se ter um mandado de segurança já ajuizado, com liminar concedida exatamente para determinar

o cumprimento de uma das medidas vedadas pelo § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/09. Nesse caso surge a seguinte questão: aplica-se a nova legislação cancelando, por conseguinte, a liminar concedida, ou mantém-se a tutela de urgência até então vigente?

A solução para esse questionamento não é tão simples quanto parece. Convém lembrar que as tutelas de urgência, como a medida liminar, pode ser revogada a qualquer tempo²⁵, desde que haja decisão fundamentada para tanto.

Assim, é possível imaginar que um determinado juiz, tendo, v.g., concedido uma liminar para liberar a entrega de mercadorias oriundas do exterior, venha a revogar tal decisão com base na nova lei do mandado de segurança.

Entendemos, entretanto, que a revogação da decisão liminar concedida no caso prático hipoteticamente desenvolvido alhures, i.e., embasada apenas na vedação contida § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/09, seria absolutamente indevida.

Como dito linhas acima, os atores da relação processual também criam expectativas com o advento de determinados atos processuais, expectativas essas que devem ser tuteladas juridicamente. Assim, aquele que se beneficia de uma medida liminar acaba por ter uma expectativa que deve ser juridicamente respeitada.

Dentre tais expectativas que merecem tutela, destacamos que a revogação da medida liminar deve ser veiculada mediante decisão fundamentada. Acontece que não é qualquer fundamento, como o advento puro e simples de uma nova lei processual, que se presta para esse fim (revogação de liminar). A decisão revogadora deve se pautar, necessariamente, no afastamento de um dos requisitos autorizadores da medida liminar, ou seja, no esvaziamento posterior à concessão do *fumus boni juris* ou do *periculum in mora*.

Somente na hipótese de não estarem mais presentes o *fumus boni juris* ou do *periculum in mora* é que se admite a revogação de medida

25. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(L)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.