

**O MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA E AS TESES VINCULANTES
FIXADAS NA ADI 4.296**

*Mantovanni Colares Cavalcante*¹

“(...)

Ele era fixo. Eu, porque vou,
Não falto; por mim ninguém diria
Desde ontem a cidade mudou.”

(Fernando Pessoa, sob o heterônimo
Álvaro de Campos, versos finais do
poema de 14/10/1930)

**1. O ALVES, DA TABACARIA, COMO METÁFORA DA
TESE VINCULANTE: A MONOTONIA, O PONTO DE
REFERÊNCIA, O FIXO**

A busca pela estabilidade no âmbito da jurisdição tem gerado o fenômeno da pauta de prevalência do mecanismo

1. *Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC/CE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Professor de Direito Processual - UFC/CE. Professor conferencista do IBET. Juiz de Direito de Vara da Fazenda Pública.*

próprio da tradição do *common law*, o *precedente judicial*, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 dispõe, em seu art. 926, que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Tenho reiteradamente destacado que o *civil law* e o *common law* representam um modo de percepção do Direito. São dois grandes sistemas, também chamados de *famílias* e até mesmo de *tradições*; assim prefere John Henry Merryman e considero o termo mais adequado². Na tradição do *civil law* se tem a perspectiva inicial dos textos legais para o fim da interpretação, na do *common law* o Direito seria construído pelos próprios tribunais, a partir dos costumes, atribuindo a determinados julgamentos pretéritos a qualidade de *precedentes*, para utilização posterior em casos futuros e semelhantes.

A nossa tradição continua sendo a do *civil law*, mesmo com essa ênfase dada pelo Código de Processo Civil de 2015 aos *precedentes* – muito mais às *teses vinculantes*, na minha percepção –, pois é nesse Código, em seu art. 1º, que se chama a atenção para o fato de que o Direito Processual deve ser interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, observando-se as disposições do próprio Código, ou seja, mantém-se a lei como ponto de referência primeira da interpretação, o que aliás já estava firmado entre nós desde a metade do século XX, com a *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*³, ao determinar que o juiz só deve buscar outros elementos auxiliares da interpretação (os costumes e os princípios gerais do Direito) quando a lei for omissa e não houver lei análoga que possa ser utilizada (art. 4º).

Exatamente por isso, considero precipitada a atitude de se ter o *precedente judicial* como norte a guiar toda e qualquer decisão judicial, até porque, mesmo na tradição do *common*

2. *The civil law tradition: an introduction to the legal system of western Europe and Latin America*. second edition. Stanford, California: Stanford University Press, 1985.

3. Decreto-lei 4.657/1942, posteriormente atualizado pela Lei 12.376/2010 e que passou a se chamar *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.

law o precedente não é um totem no qual todos erguem os braços em sua direção e lançam seus destinos⁴.

O fato, porém, é que o Código de Processo Civil de 2015 apresenta a uniformidade como algo a ser observado pelos tribunais quando da fixação de sua jurisprudência, a fim de que ela se mantenha estável, íntegra e coerente. Esses termos parecem se identificar com os objetivos da uniformização, quais sejam, o da larga duração temporal da jurisprudência (estabilidade), o da inalterabilidade do entendimento (integridade) e o da fiscalização para que não se produzam decisões díspares e com fins casuísticos (coerência)⁵.

4. Utilizei essa imagem em “Uniformização de jurisprudência e precedentes no CPC/2015 e a linguagem prescritiva sequenciada: primeiro, uniformizar; depois, vincular”. In *Direito tributário e os novos horizontes do processo*. São Paulo: Noeses, 2015. Ali destaco em nota de rodapé que essa figura do *precedente*, na tradição do *common law*, não é tão absoluta quanto se imagina, conforme se pode ver no livro de Saul Brenner e Harold Spaeth (*Stare indecisus – the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 1995), em detalhado estudo sobre os precedentes da Suprema Corte Americana no período de 1946 a 1992, a demonstrar que naquele lapso temporal ocorreu significativa alteração dos precedentes da Suprema Corte, daí a necessidade de se fazer uma distinção entre o *precedente pessoal* e o *precedente institucional*, pois é a ideologia individual integrante daquele Tribunal que explica suas posições quanto aos precedentes. Ou seja, há um juízo de conveniência política ao se adotar ou não determinado precedente. E o mais surpreendente é verificar que o *Justice* da Suprema Corte Americana por vezes considera melhor a criação de novo precedente, a confirmar o anterior (Ob. cit., p. 6).

5. Entendo que a uniformidade diz respeito à inalterabilidade permanente da interpretação, o que é pouco provável de se ter de no plano da realidade, em face da mutação das ideias no âmbito do Direito. Embora desejável, a uniformidade necessita de uma enorme força cultural e refinado amparo técnico para se chegar a esse estado de permanência, por isso defendi – antes da edição do Código de Processo Civil de 2015 – que a estabilidade seria o eixo por onde gravitariam a previsibilidade e a uniformidade, considerando um percurso realizado entre a tendência e o ideal, fixando-se no desejável. A previsibilidade é estimativa ou suposição de que determinada tese jurídica venha a se consolidar, ou seja, mera tendência ou indicativo para um futuro. A estabilidade é a durabilidade da jurisprudência pelo tempo que for possível. A uniformidade representa um ideal, qual seja, o da interpretação idêntica e definitiva de todos os órgãos judiciais para determinado caso. Em suma, de acordo com esse meu pensamento, a previsibilidade seria uma tendência, a uniformidade um ideal, e o meio-termo residiria na estabilidade, por isso mesmo o elemento desejável nos meandros da interpretação, e é sobre essa estabilidade que deveria se adotar um esforço para compreendê-la e aprimorá-la. Entretanto, o Código de Processo Civil dispôs de modo diverso. “Técnicas de estabilização da jurisprudência: em busca do equilíbrio na corda bamba processual”. In *Sistema tributário nacional e estabilidade da federação*. São Paulo: Noeses, 2012.

Esse ideal da referência fixa em busca perpetuação de algo é próprio do ser humano, daí o destaque no início deste texto quanto aos versos de Álvaro de Campos⁶ que bem refletem essa dicotomia entre o fixo e o transitório:

Cruz na porta da tabacaria!
Quem morreu? O próprio Alves? Dou
Ao diabo o bem-estar que trazia.
Desde ontem a cidade mudou.

Quem era? Ora, era quem eu via.
Todos os dias o via. Estou
Agora sem essa monotonia.
Desde ontem a cidade mudou.

Ele era o dono da tabacaria.
Um ponto de referência de quem sou.
Ele passava ali de noite e de dia.
Desde ontem a cidade mudou.

Meu coração tem pouca alegria,
Vejo que a morte está onde estou.
Horror fechado da tabacaria!
Desde ontem a cidade mudou.

Mas ao menos a ele, alguém o via,
Ele era fixo. Eu, porque vou,
Não falto; por mim ninguém diria
Desde ontem a cidade mudou.⁷

6. Quem assina o poema é o heterônimo Álvaro de Campos, uma das *ficções literárias* criadas por Fernando Pessoa, sendo os mais conhecidos, além desse, Ricardo Reis e Alberto Caeiro, cada um com sua personalidade e “biografia” própria.

7. *Obra completa de Álvaro de Campos / Fernando Pessoa*; edição de Jerónimo Pizarro. Rio de Janeiro: Tinta da China Brasil, 2015. pp. 371/372. A publicação do poema, na edição *Obra poética de Fernando Pessoa*, da Nova Aguilar (1986), contém diferença no terceiro verso da quarta estrofe em relação à edição da Tinta da China Brasil. Optei por esse verso, o mais conhecido: “Horror fechado da tabacaria!”; enquanto o

MEIO SÉCULO DE TRADIÇÃO

O verso “Desde ontem a cidade mudou” é repetido no final de cada uma das cinco estrofes, propositadamente, a demonstrar a tão necessária monotonia que mantinha a cidade em seu estado de quietude, a proporcionar a sensação da regularidade da vida. A chave está no final do poema, quando Álvaro reconhece a importância do Alves como referência e a sua desimportância como observador do fixo, e já lamenta que no dia em que vier a faltar, nada mudará no mundo: “Ele era fixo. Eu, porque vou,/ Não falto; por mim ninguém diria/ Desde ontem a cidade mudou”.

O homem em seu trânsito diário capta as sensações da vida e elabora suas interpretações: ele é o que *vai*, por isso mesmo não fará a menor falta quando desaparecer. Já o *ponto de referência*, esse sim, dá sentido à vida de várias pessoas, por ser a monotonia do fixo, a segurança, o Alves, da tabacaria⁸, cuja repentina morte deixa o Álvaro em estado de choque.

Ao transportarmos essa visão poética para o Direito, poderemos dizer que o Alves é o *precedente* ou a *tese vinculante*, cuja característica do fixo se impõe, enquanto o intérprete é

da edição de Jerónimo Pizarro é “Taipaes jazigo – tabacaria!” De acordo com Antonio de Moraes Silva, “[o]s *taipaes* são as taboas entre as quaes se calca o barro, quando se faz a parede de taipa” (*Diccionario da Lingua Portuguesa*. Tomo Segundo. Lisboa: 1813. p. 750). Desse modo, *taipaes* é o que chamamos até hoje de *taipas*, *madeiras*. O sentido do termo no poema tanto pode indicar esse substantivo (madeira), ou seja, a tabacaria e seu jazigo de madeira, como é possível imaginar o uso da palavra como verbo – *taipar*, *tapar*, *fechar* – na terceira pessoa do plural do indicativo presente: *taipais vós*, ou seja, *fechai vós esse jazigo que é a tabacaria!* O eu lírico do poema, nesse caso, estaria a comparar a imagem da porta (de madeira) fechada da tabacaria como se fosse a tampa que lacra o caixão do morto. Lembrando que na porta foi colocada ou pintada uma cruz (como indica o primeiro verso), hábito cristão antigo a indicar a religiosidade de quem faleceu. Destaque-se também que os segundos e terceiros versos da última estrofe, na edição da Nova Aguilar, são diferentes: “Ele era fixo. Eu, o que vou./ Se morrer, não falto, e ninguém diria.”. Escolhi os versos da edição da Tinta da China Brasil (“Ele era fixo. Eu, porque vou,/ Não falto; por mim ninguém diria”) que estão no início deste texto e repetidos de forma idêntica ao ser transcrito todo o poema.

8. A tabacaria, assim chamada na Lisboa do início do século XX, era um estabelecimento comercial que vendia não somente artigos relacionados ao fumo, mas também jornais, revistas, chocolates; enfim, uma *loja de conveniência*, semelhante às que temos hoje em postos de combustíveis, por exemplo.

o Álvaro, aquele que se move e tem o conforto do ponto de referência.

E assim, sob a perspectiva da segurança jurídica, o *precedente* incorpora a monotonia necessária aos que andam mundo afora em busca da tranquilidade. Falar em monotonia (o precedente) só se mostra viável quando se tem um observador (o intérprete), pois o Alves se torna um ponto de referência porque alguém o observa e atribui sentido a essa tranquilidade daquele homem, sempre na tabacaria.

No Direito, a questão é saber de que modo se realiza a identificação da referência em busca da monotonia. É justamente aí que surgem os *precedentes* ou as *teses vinculantes*, para que se possa averiguar a garantia da uniformidade em relação aos casos semelhantes e futuros. Entendo que não adotamos no Brasil a cultura do *precedente*, algo próprio da tradição do *common law*, nem mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Na verdade, a Constituição Federal de 1988 carrega em suas entranhas a busca pela uniformidade de interpretação das normas jurídicas na jurisdição, ao estabelecer as competências dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal que realizariam a interpretação final do Direito, não sendo correto falar que o sistema jurídico brasileiro elegeu a partir dali o precedente como marca maior de nosso método de julgamentos; até porque nenhuma decisão de tribunal nasce rotulada de *precedente*, essa característica necessita de uma aplicação em casos futuros e semelhantes de determinado julgamento escolhido como paradigma. Só a partir desse ponto de referência se transforma, então, num *precedente*.

A opção do legislador, ao codificar em 2015 o Direito Processual Civil, foi a de apontar a possibilidade desse tipo tradicional de *precedente*. Entretanto, o Código enfatiza a elaboração de técnicas de produção de julgamentos que, no momento de seu surgimento, adquirem a qualificação de decisões-paradigmas de natureza vinculante. Ou seja, há uma prevalência desse

método, daí o mais adequado seria dizer que nosso sistema trabalha com maior ênfase na produção de *teses vinculantes*⁹. Exatamente por isso coloco como elemento de referência as *teses vinculantes*, ao invés dos *precedentes*. Até porque, o Código de Processo Civil de 2015 emprega o termo *precedente* sem um sentido claro; ora o faz na concepção tradicional do *common law*, ora o utiliza como sinônimo de *tese vinculante*¹⁰.

2. O JULGAMENTO DA ADI 4.296 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MÉTODO ADEQUADO PARA VERIFICAR SEUS FUNDAMENTOS DETERMINANTES

Logo após a edição da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que passou a disciplinar o mandado de segurança, em substituição à Lei 1.533/1951, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou com ação direta de inconstitucionalidade, questionando dispositivos daquela nova lei.

9. O Código de Processo Civil de 2015 disponibiliza várias técnicas de julgamento aptas a fixar *teses vinculantes*, bastando lembrar o incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, além do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III do art. 927). Isso sem falar, no plano constitucional, nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e nos enunciados de súmulas vinculantes (arts. 102, I, a e 103-A da Constituição Federal, com destaque nos incisos I e II do art. 927 do CPC/2015). Igualmente se apontam como *teses vinculantes* aquelas decorrentes dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem os juízes e tribunais vinculados (incisos IV e V do art. 927 do CPC/2015).

10. O § 2º do art. 926 fala de *precedente* em seu aspecto mais autêntico, qual seja, o de julgamento que passa a servir de paradigma para a construção, no futuro, de um entendimento uniforme, mediante posterior edição de enunciados de súmula; estipulando-se ali que, ao editar tais enunciados, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos *precedentes* que motivaram sua criação. O § 5º do art. 927, por sua vez, utiliza o termo que mais se adequa ao sentido de *tese vinculante*, ao dizer que os tribunais darão publicidade a seus *precedentes*, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Os incisos V e VI do § 1º do art. 489 dão uma larga abrangência ao termo *precedente*, que pode ser identificado ali como *tese vinculante fixada em tribunal*, por meio de uma das técnicas previstas no próprio Código, para gerar decisão de tribunal com efeito vinculante.

O processo ficou praticamente sem qualquer movimentação ao longo de dez anos¹¹ até que, finalmente¹², o Supremo Tribunal Federal declarou a *constitucionalidade* de dispositivos da mencionada lei, quais sejam, I) o que prevê a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra atos de gestão (§ 2º do art. 1º); II) o que estabelece a faculdade de o juiz exigir caução nas decisões liminares (inciso III do art. 7º); III) o que impõe o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias (art. 23); e IV) o que estipula o não cabimento de sucumbência em mandado de segurança (art. 25).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal declarou a *inconstitucionalidade* de normas da Lei 12.016/2009, a saber, I) a que veda a concessão de medidas liminares que tenham por objeto a) a compensação de créditos tributários, b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e d) a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (§ 2º do art. 7º); e II) a que impõe a obrigatoriedade de ouvida prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, antes de se conceder a liminar em mandado de segurança coletivo (§ 2º do art. 22).

Essas são as conclusões que constam na ementa do acórdão desse julgamento, mas não se pode dizer que se tem ali, por inteiro, as *teses vinculantes*.

11. Após o ajuizamento da ação no Supremo Tribunal Federal, em 14 de setembro de 2009, registrada como ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.296, constam informações prestadas pelo Senado Federal e pela Advocacia-Geral da União, bem como manifestação do Advogado-Geral da União, todas de novembro de 2009, e posterior manifestação do Procurador-Geral da República de abril de 2011. Em 24 de maio de 2011 os autos foram conclusos ao relator da ação, Ministro Marco Aurélio. Somente em 3 de fevereiro de 2021 o referido relator pronunciou o seguinte despacho: “1. A crise é aguda. Sem qualquer previsão de o Tribunal voltar às sessões presenciais, há de viabilizar-se, em ambiente colegiado, a jurisdição. 2. Aciono, em caráter excepcional, o sistema virtual e passo a liberar, considerado o fator tempo, os processos”.

12. A ADI 4.296 foi julgada em 9 de junho de 2021, mas a publicação do acórdão com todos os votos dos julgadores se deu no Diário da Justiça Eletrônico de 11 de outubro de 2021, ou seja, quatro meses após o julgamento. O voto vencedor foi o do Ministro Alexandre de Moraes, que divergiu, em parte, do voto do relator originário, Ministro Marco Aurélio. A decisão transitou em julgado em 20 de outubro de 2021.

Ao contrário do Alves que, sendo observado pelo Álvaro, já se torna a monotonia, quando se fala em *tese vinculante* não basta a simples leitura da ementa do julgamento para identificar quais seriam os pontos fixos. É preciso mergulhar em todos os votos dos que participaram do julgamento, realizando uma operação de convergência e divergência das opiniões dos juízes daquele colegiado responsável pelo julgamento, a fim de identificar seus fundamentos determinantes¹³ – a chamada *ratio decidendi* –, pois é isso que gera o efeito vinculante para as futuras decisões. Realiza-se um ato de interpretação (identificação dos *fundamentos determinantes*) para em seguida consolidar um ato de aplicação (das *teses vinculantes*).

Deve-se, por isso, adotar um método, composto por etapas, a fim de verificar quais são os *fundamentos determinantes* de um julgamento, pois essa análise é um ato de interpretação.

A primeira etapa é a de ignorar totalmente a ementa. Aliás, defendo que a ementa deveria ser abolida na formalização do julgamento de colegiado¹⁴, pois a partir dessa supressão da ementa, impunha-se a leitura de todos os votos, a começar pelo voto vencedor.

Ao desprezar a ementa, o intérprete ingressa na segunda etapa, a da leitura do voto vencedor; seja do relator originário, seja a do que foi designado para lavrar o acórdão porque divergiu do relator originário e seu voto foi o vencedor. Com a leitura do voto vencedor, faz-se a anotação da essência do entendimento do julgador, para diferenciar daquilo que foi por ele utilizado como mero recurso de linguagem em apoio retórico, somente para reforçar certas convicções (*obiter dictum*). A essência do entendimento será o somatório dos diversos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*).

13. Código de Processo Civil de 2015: “Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;”.

14. Nesse sentido, merece ser revogado o § 1º do art. 943 do CPC/2015, pois ali se impõe que “[t]odo acórdão conterà ementa”.

No caso de um suposto fundamento se mostrar dispensável, podendo ser retirado do voto sem que se altere a essência da convicção do julgador, o que se tem aí é um mero argumento (*obiter dictum*), não um fundamento.

Por exemplo, no julgamento da ADI 4.296, a respeito da constitucionalidade ou não da exigência da ouvida prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, como fator condicionante para a concessão de medida liminar em mandado de segurança coletivo (§ 2º do art. 22 da Lei 12.016/2009), o Ministro Gilmar Mendes ponderou sob a perspectiva dele “como antigo Advogado da União, que não é qualquer condicionamento à liminar, tendo em vista a audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deveria ser considerado inconstitucional, mas, em alguns casos, certamente isso pode ocorrer, tendo em vista o risco de uma sensível afetação ou mesmo do perecimento do direito”, mas ressaltou logo em seguida que tal acréscimo de raciocínio ao que já argumentara antes era um *obiter dictum*, tanto que ele acompanhou, em grande parte, o voto do ministro relator da ação.

Ora, ressaltar a perspectiva de advogado num julgamento não é fundamento para um juiz, e sim indicação da experiência em outro setor do Direito, do que se teria aprendido naquela função, isso o próprio Ministro Gilmar Mendes fez questão de apontar como reforço de argumentação. O *obiter dictum*, pois, é algo dispensável, podendo ser retirado do voto sem que se altere a essência da convicção do julgador.

O importante é saber o que efetivamente é fundamento relevante no voto vencedor, e anotar aquilo que possa ser identificado como tal. Nessa leitura se começa a identificar a *ratio decidendi*, algo essencial para a compreensão do entendimento firmado.

Após essa operação, passa-se à leitura dos demais votos. Tudo aquilo que constar nos outros votos e que possa servir de apoio aos fundamentos do voto vencedor, deve ser anotado,

pois no final se terá um somatório de fundamentos e se chegará à *ratio decidendi*.

No caso de divergência de fundamentos de outros votos em comparação com o do voto vencedor, essa divergência – por ter sido vencida na avaliação do colegiado – será considerada para efeito de consolidação do fundamento determinante do voto vencedor, anotando-se um *não se pode* antes das conclusões dos votos vencidos.

Tome-se como exemplo, no julgamento da ADI 4.296, ao analisar a obrigatoriedade de ouvida prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, antes de se conceder qualquer medida liminar em mandado de segurança (§ 2º do artigo 22 da Lei 12.016/2009). No voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes foi declarada a inconstitucionalidade de tal norma, *sem qualquer ressalva*. Assim, em um dos votos divergentes, no caso o do Ministro Luís Roberto Barroso, se fez a sugestão de aplicação dessa norma conforme a Constituição, a fim de considerar constitucional a restrição para a concessão desse tipo de medida liminar, salvo para evitar perecimento de direito. Desse modo, a *ratio decidendi* do voto vencedor há de ser acrescentado de um *não se pode* vinculado a esse fundamento vencido.

É dizer, em mandado de segurança coletivo, *não se pode* condicionar a concessão de medida liminar à ouvida prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, em nenhuma hipótese, mesmo quando não se tenha qualquer risco de perecimento de direito diante do prazo para a apresentação dessa manifestação.

Com esse método, desdobrado em várias etapas de leituras e anotações, chega-se à *ratio decidendi*, aos *fundamentos relevantes* que indicarão as *teses vinculantes* a ser aplicadas em casos semelhantes atuais e futuros.

Aqui serão enfrentados dois temas com suas respectivas teses vinculantes decorrentes das fundamentações relevantes construídas no julgamento da ADI 4.296, por seu impacto nos mandados de segurança em matéria tributária.

3. AS ESPÉCIES DE CONTRACAUTELAS (JUDICIAL, LEGAL E SOCIAL) E A IMPORTÂNCIA DO JULGAMENTO DA ADI 4.296 QUANTO À PREVALÊNCIA DA CONTRACAUTELA JUDICIAL

É incrível como ainda hoje persiste a dúvida quanto à natureza jurídica da decisão do juiz que, ao despachar a petição inicial no mandado de segurança, ordena a suspensão do ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida¹⁵, a chamada *liminar*. Afinal, esse ato seria uma *medida cautelar* ou uma *tutela antecipada*? E o que dizer diante da nova realidade legislativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 – aplicado subsidiariamente ao mandado de segurança – ao abordar as tutelas provisórias e seus fundamentos, quais sejam, de urgência (cautelar ou antecipada) e da evidência?

O problema começa com a própria Lei do Mandado de Segurança, ao empregar o termo *liminar* em nove dispositivos legais¹⁶ e, em outras sete normas, utilizar a expressão *medida liminar*¹⁷, sem que, em nenhuma dessas dezesseis vezes, se identifique com precisão a natureza da medida ali reportada, se de natureza cautelar ou antecipatória.

Há muito venho ressaltando¹⁸ que o vocábulo *liminar* representa somente um *aspecto temporal de medida judicial*,

15. Lei 12.016/2009: “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, (...)”.

16. Eis os dispositivos: a) § 1º do art. 7º, b) § 5º do art. 7º (no plural, *liminares*), c) art. 15, d) § 2º do art. 15, e) § 3º do art. 15, f) § 5º do art. 15 (no plural, *liminares*); g) novamente no § 5º do art. 15 (*liminares supervenientes*), h) art. 16 (com a redação dada pela Lei 13.676/2018, e a expressão utilizada é *pedido liminar*), e i) § 2º do art. 22.

17. Consta esse termo nos seguintes dispositivos: a) § 2º do art. 7º, b) § 3º do art. 7º, c) § 4º do art. 7º, d) art. 8º, e) art. 9º, f) § 3º do art. 14, e g) parágrafo único do art. 16.

18. Em livro de autoria coletiva publicado em 1999, destaquei esse aspecto semântico do termo *liminar* (A antecipação da segurança, a compensação de créditos tributários e as súmulas 212 e 213 do STJ. In *Problemas de processo judicial tributário*. 3º volume. Valdir de Oliveira Rocha [coord.]. São Paulo: Dialética, 1999). Igualmente o fiz na primeira edição de meu livro *Mandado de Segurança*, em 2002.

sendo *liminar* toda medida concedida no início da ação, no *limiar* do feito, sem a formação do contraditório. Desse modo, o termo *liminar*, por si só, não é capaz de identificar a natureza da medida judicial. Tanto as medidas cautelares quanto as antecipadas podem ser concedidas *liminarmente*, vale dizer, *preambularmente*, sem a ouvida da parte adversa. Aliás, até mesmo uma sentença pode ser *liminar*, como é o caso da improcedência liminar de pedido, na qual o juiz realiza um julgamento sem citar o réu, rejeitando o pedido¹⁹.

Na prática, porém, passou-se a utilizar o termo *liminar* como sinônimo de medida cautelar. O próprio Supremo Tribunal Federal afirmou certa vez que a liminar em mandado de segurança teria natureza cautelar²⁰. Há evidente equívoco nisso. Enfrentei esse tema em meu livro sobre mandado de segurança²¹, destacando todas as questões, premissas e estruturas processuais para se chegar às conclusões a seguir explicitadas resumidamente. Elas são importantes para a compreensão das *teses vinculantes* fixadas na ADI 4.296 quanto à questão da contracautela.

Em mandado de segurança, quando se tem a urgência e a relevância do fundamento (probabilidade do direito), o juiz tanto pode conceder uma tutela que antecipe a eficácia da decisão futura e provável (tutela provisória antecipada), como também é possível deferir uma tutela de natureza cautelar.

19. Código de Processo Civil de 2015: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. (...)”.

20. Julgamento ocorrido em 15 de fevereiro de 1984, tendo como relator o Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 112/140. É óbvio que à época o referencial legislativo era o da Lei 1.533/51. Todavia, o raciocínio vale para a atual Lei do mandado de segurança, que nesse aspecto repete exatamente a norma da Lei anterior.

21. *Mandado de segurança*. 2. ed. rev., ampl., e atual. de acordo com a Lei 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2010.

A impossibilidade de análise completa dos fatos e o senso de urgência autorizam essa medida cautelar, uma vez que, embora o mandado de segurança deva veicular direito líquido e certo, ou seja, um direito gerador da viabilidade do pedido, ancorado em fatos incontroversos, não se pode ignorar a possibilidade de o juiz não dispor de tempo suficiente para verificar se todos os fatos estão comprovados documentalmente. Exatamente por isso, o caminho é o de se adotar uma medida de natureza cautelar.

Também pode ocorrer outra circunstância autorizadora de uma medida cautelar. Mesmo admitindo que se tenha tempo suficiente para verificar todos os fatos, ao se deparar com os argumentos jurídicos firmados na petição inicial, o magistrado ainda não tem posição firmada quanto ao Direito; isso há de exigir reflexão e estudo até chegar a uma convicção em relação ao aspecto jurídico da causa. A urgência, porém, impede que se aguarde por mais tempo, é preciso adotar uma medida de imediato, então o que se pode fazer é conceder uma tutela cautelar.

Nessas duas situações – falta de tempo para a análise plena do fato ou ausência de convicção quanto aos argumentos jurídicos – a medida cautelar acaba sendo a materialização do poder geral de cautela. Todavia, há uma correlação indissociável de tal poder com um dever, o qual denomino dever geral de contracautela. Ora, na medida em que, para a concessão de medida cautelar, não se exige a densidade cognitiva que indique o convencimento do juiz quanto ao direito líquido e certo, há de se adotar uma postura de contracautela em relação à Administração Pública, o que legitima nesse caso a caução ou qualquer outra garantia, inclusive temporal, submetendo a medida cautelar a uma posterior análise da tutela sob a perspectiva de uma tutela antecipada ou mesmo ao julgamento, para evitar o fato consumado, bastando citar o exemplo de uma medida cautelar que garanta a participação de uma empresa na análise das propostas de uma licitação, mas se fixe nessa medida que não se permitirá a assinatura do

contrato caso ela seja vencedora, até a reavaliação da tutela cautelar. Eis a contracautela.

As medidas jurisdicionais urgentes estão plasmadas pelo binômio poder geral de cautela *versus* dever geral de contracautela, pois aí reside o equilíbrio a justificar a adoção de medidas urgentes, evitando-se o perigo de dano de quem postula, em sintonia com o cuidado para não gerar danos em relação a quem deva suportar a concretização da medida urgente.

Essa seria a *contracautela judicial*, ponderada pelo próprio juiz da causa, obrigatória quando envolver medida cautelar, dispensável quando houver possibilidade de uma densidade cognitiva para concessão da medida como tutela antecipada.

Outras duas modalidades de garantia estão igualmente previstas em nosso ordenamento jurídico, essas escapam do controle do juiz: a *contracautela legal* e a *contracautela social*, conforme classificação por mim elaborada, para efeito de sistematização.

A *contracautela legal* surge como mecanismo preventivo, mediante a previsão em lei de situações inibidoras do poder geral de cautela do juiz, vedando expressamente a concessão de medidas cautelares ou antecipadas em hipóteses específicas, como a que resulta em aumento ou extensão de vantagem a servidor público²².

A *contracautela social* é aquela que permite que o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender a eficácia de qualquer decisão proferida contra o Poder Público, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas²³.

22. Leis 4.348/1964, 5.021/1966, 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009.

23. Esse tipo de contracautela teve início com a edição da Lei 191/1936, ao prever a possibilidade de suspensão do ato concedido em mandado de segurança, para evitar grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública, daí que passou a ser conhecido como *suspensão de segurança*, o que foi mantido pelo Código de Processo Civil de 1939 e posteriormente pela Lei 4.348/1964, ampliando-se sua utilização com a Lei 8.437/1992, sendo que a Lei 12.016/2009 mantém essa *contracautela social*.

Classifico as contracautelas, então, em três espécies, quais sejam, I) *judicial*, relativa à exigência de caução e outras medidas, a critério do juiz, tendentes a evitar o dano ao Poder Público; II) *legal*, com a vedação de concessão de tutelas provisórias, sejam cautelares ou antecipadas, mediante dispositivos legais específicos; e III) *social*, a autorizar a suspensão da eficácia de tutelas judiciais para evitar dano à coletividade.

E justamente por considerar que a *contracautela judicial* se exterioriza a partir da análise feita pelo juiz, sempre considere constitucional a regra prevista do inciso III do art. 7º da *Lei 12.016/2009*, ao estipular que cabe ao juiz verificar se é o caso de exigir uma garantia ao se conceder liminarmente uma medida cautelar.

Utilizo esse mesmo dispositivo legal para demonstrar que, na hipótese de concessão de tutela antecipada liminarmente, não se deve condicionar a eficácia da medida a qualquer garantia, diante da densidade cognitiva realizada pelo juiz e a remota possibilidade de reversão da medida, por ocasião do julgamento. Nesse caso, a contracautela se mostra dispensável, pois o que enseja a utilização de uma das garantias previstas no inciso III do art. 7º da *Lei 12.016/2009* é a natureza da medida concedida pelo juiz.

O Supremo Tribunal Federal reforçou essa necessidade de o juiz estar atento às contracautelas necessárias ou dispensáveis quando da concessão de medidas de urgência, pois na ADI 4.296 se declarou a inconstitucionalidade de normas da *Lei 12.016/2009* que estabelecem *contracautelas legais*, na medida em que o § 2º do art. 7º da referida lei veda a concessão de medidas liminares que tenham 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. Igualmente se apontou outra inconstitucionalidade relativa a uma *contracautela legal*, qual seja, a prevista no § 2º do art. 22 da *Lei 12.016/2009*, ao impor a obrigatoriedade de ouvida prévia do representante

judicial da pessoa jurídica de direito público, antes de se conceder a liminar em mandado de segurança coletivo.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha se debruçado sobre a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipada e suas respectivas gradações no aspecto cognitivo – deixando escapar uma excelente oportunidade de construção de teoria relacionada a esse binômio do poder geral de cautela *versus* o dever geral de contracautela – o julgamento se mostra positivo por conta da imposição de uma prevalência da *contracautela judicial* em relação à *contracautela legal*, concedendo maior poder ao juiz quando do exame das chamadas medidas liminares, cabendo-lhe verificar a necessidade ou não de garantia. A meu ver, porém, tal escolha não traduz mera opção do juiz, é ato vinculado à natureza da medida liminarmente concedida: se cautelar, impõe-se a contracautela; se antecipada, dispensa-se a garantia.

4. A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS EM MEDIDA LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA E OS ASPECTOS DE INSTRUMENTALIDADE, SATISFATIVIDADE E IRREVERSIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

A questão da compensação de créditos tributários²⁴ no mandado de segurança, como se sabe, foi objeto de duas súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Um dos enunciados diz que “[a] compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”²⁵, e outro afirma que “[o] mandado de

24. De acordo com o art. 170 do Código Tributário Nacional, “[a] lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”. Exatamente por isso, a compensação é uma das formas de extinção do crédito tributário (art. 156, II, do Código Tributário Nacional).

25. Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça, com a redação alterada pela Primeira Seção, na sessão de 11/5/2005, sendo a seguinte a redação original: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”.

segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”²⁶.

Ora, se é permitida a utilização do mandado de segurança para declarar o direito à compensação dos créditos tributários, não me parece razoável que se vede o exercício desse direito mediante a técnica de adiantamento da eficácia (tutela provisória antecipada), caso estejam presentes seus requisitos.

Segundo Reinaldo Pizolio, “(...) as Súmulas causam espécie não somente pelo seu teor, mas também pela contradição que encerram entre si, eis que aceitam o mandado de segurança como ação adequada para a declaração do direito de compensação, mas rejeitam a medida liminar para o seu exercício”²⁷.

A contradição só se manifesta caso se insista em classificar como medida cautelar toda e qualquer liminar concedida em mandado de segurança, tanto que o Superior Tribunal de Justiça, num dos precedentes que deu ensejo à edição da Súmula 212, decidiu que a liminar não é válida para compensar créditos tributários porque “a cautelar não se presta para a afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados como compensáveis”²⁸.

Essa a razão pela qual, em sua redação original, a *Súmula 212 do STJ* só continha “medida liminar”, e na alteração passou a se reportar a “medida liminar cautelar ou antecipatória”; nesse caso, em total falta de sintonia com a natureza jurídica distinta dessas duas medidas.

É certo que não se pode, mediante tutela cautelar, deferir medida que acarrete na extinção de crédito tributário, pois isso geraria um desvio na natureza jurídica da função de cautelaridade na jurisdição, que tem nítido aspecto instrumental, apto a garantir o resultado útil do processo, como ocorre, por

26. Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça.

27. “As Súmulas 212 e 213 do STJ e a Compensação de Tributos Federais”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 40, janeiro de 1999, p. 59.

28. Trecho do acórdão do REsp 158.768.

exemplo, na medida cautelar de suspensão da exigibilidade de um tributo²⁹, evitando-se que o suposto responsável tributário venha a sofrer uma execução fiscal com a consequente constrição patrimonial. Nesse caso, é nítida a instrumentalidade da medida.

Até porque, para a concessão de uma medida cautelar, o juiz não realiza uma densidade cognitiva do direito alegado, por isso mesmo se deve exigir uma contracautela para sua efetivação, considerando o risco de reversibilidade da medida. Exatamente por isso, deferir uma medida cautelar em mandado de segurança, extinguindo créditos tributários, geraria uma satisfatividade dessa tutela, o que seria indevido, pois a chamada liminar (medida cautelar, na verdade) é concedida com base em mera expectativa de direito³⁰.

Entretanto, quando se tem uma medida liminarmente concedida em mandado de segurança de natureza antecipatória, nesse caso a tutela será satisfativa, pois ao se adotar uma técnica de adiantamento da execução (eficácia) da futura e provável decisão favorável ao pedido, o direito se realiza no instante em que se concede a tutela antecipadamente.

Desse modo, é plenamente viável conceder uma tutela provisória antecipada em mandado de segurança declarando o direito à compensação de créditos tributários. Tem-se aí medida satisfativa, mas que não é irreversível. Isso porque, na hipótese, ainda que remota, de mudança de entendimento por ocasião do julgamento ou mesmo pela via do recurso, a questão envolvida é de natureza patrimonial, sendo plenamente viável a recuperação de valores que possam ter sido indevidamente compensados.

Por isso, defendo que a Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça, ao se referir à *liminar*, está se reportando a uma *medida*

29. Art. 151, IV, do Código Tributário Nacional. Ali, o termo *medida liminar em mandado de segurança* corresponde à medida cautelar nesse tipo de ação.

30. REsp 121.315, que também serviu de precedente para a edição da Súmula 212 do STJ.

cautelar. O acréscimo posterior da expressão “medida liminar cautelar ou antecipatória” acabou por destoar totalmente o enunciado de seu sentido original, dos precedentes que geraram a súmula, e ainda causa um atrito com a Súmula 213 do mesmo Tribunal, ao viabilizar a declaração do direito à compensação de créditos tributários em mandado de segurança. Ora, se é possível julgar declarando a compensação, também se pode adiantar a eficácia da futura e provável decisão definitiva.

Não se ignora aqui a regra expressa contida no art. 170-A do Código Tributário Nacional, ao dispor que “[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”.

Entretanto, é preciso compreender que tal norma é decorrente de uma mudança legislativa no Código Tributário Nacional, introduzida pela Lei Complementar 104, de 2001, a impor algo incompatível com a atual possibilidade de concessão de tutela provisória antecipada, seja fundamentada em urgência ou na evidência, cujo regramento é posterior à referida Lei Complementar, por estar disciplinado no Código de Processo Civil de 2015, a partir do seu art. 294.

Incabível, nesse caso, falar em hierarquia, uma vez que, embora o art. 170-A do Código Tributário Nacional tenha sido introduzido por lei complementar, tal norma cuida de matéria processual, ou seja, disciplinou matéria fora do raio de abrangência da lei complementar³¹, incorporando a natureza de uma lei ordinária³². E como essa norma é anterior ao Código de Processo Civil de 2015, e com ele entra em choque, há de prevalecer as regras que autorizam a eficácia antecipada de qualquer decisão, salvo na hipótese de perigo de

31. A Constituição Federal, em seu art. 146, determina o que deva ser veiculado por lei complementar em matéria tributária, não se encontrando ali qualquer dispositivo que trate de Direito Processual Tributário.

32. Compete privativamente à União legislar, mediante lei ordinária, sobre direito processual (art. 22, I, da Constituição Federal).

irreversibilidade dos efeitos dessa decisão (§ 3º do art. 300 do CPC), ainda que a Súmula 212 do STJ, anterior ao atual Código de Processo Civil, insistia num caminho incompatível com a natureza distinta das tutelas provisórias em seu aspecto da cautelaridade e na sua manifestação como tutela antecipada.

Só se pode imaginar como válida uma determinação que estabeleça a coisa julgada como condição de eficácia de um julgamento, a impedir a concessão de tutela provisória antecipada, quando tal restrição esteja prevista de modo expresse na Constituição Federal, como é o caso de pagamentos devidos pela Fazenda Pública (art. 100).

O julgamento da ADI 4.296, embora não tenha enfrentado esses detalhes, findou por declarar a inconstitucionalidade da norma que veda a compensação de créditos tributários por meio de “medida liminar” (§ 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009), o que consolida, a meu ver, esse pensamento segundo o qual não se pode impedir o juiz de deferir liminarmente tutela provisória antecipada declarando o direito à compensação de créditos tributários.

Por ocasião do referido julgamento, o Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de que, nas tutelas provisórias envolvendo compensação de créditos tributários, dever-se-ia autorizar somente a tutela da evidência³³, pois no seu entender, “(..) se o pedido de compensação estiver fundamentado em tese firmada em julgado de casos repetitivos (art. 928 do CPC) ou súmula vinculante, com comprovação apenas documental quanto às alegações de fato (de forma idêntica ao exigido no *writ of mandamus*), configura contrassenso proibir, em sede de mandado de segurança, aquilo que se pode obter em ação sob o rito ordinário”.

Tal posicionamento não foi acolhido, por divergir do voto vencedor, que considerou inadequada qualquer restrição ao

33. Código de Processo Civil: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (...) II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (...) Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

poder geral de cautela do juiz. Contudo, a opinião firmada pelo Ministro Gilmar Mendes se mostrou importante para demonstrar a viabilidade da compensação de crédito tributários por meio de tutela provisória antecipada, mesmo que em sua opinião só devesse prevalecer a questão da tutela da evidência. Isso porque uma tutela antecipada fundamentada em entendimentos consolidados por tribunais de interpretação final do Direito (tutela da evidência) continua sendo uma tutela provisória, que só se tornará definitiva com o julgamento que venha a confirmá-la. Ou seja, partindo desse raciocínio firmado pelo Ministro Gilmar Mendes, seria incabível impor a coisa julgada como condição de eficácia de uma decisão que reconhece o direito à compensação de créditos tributários.

Defendo, pois, a possibilidade de se declarar o direito à compensação de créditos tributários pela via da tutela provisória antecipada, seja fundamentada na urgência, seja na evidência, por concretizar um adiantamento da eficácia da decisão futura e definitiva, não podendo o legislador cercear esse direito.

5. CONCLUSÕES

As teses vinculantes fixadas na ADI 4.296 e aplicáveis nos mandados de segurança em matéria tributária, relacionadas a dois temas geradores de impacto nessa área, em suma, são as seguintes: I) a da possibilidade de contracautela em tutelas provisórias (liminares); e II) a da viabilidade da compensação de créditos tributários por meio de tutelas provisórias (liminares).

Entretanto, para bem esclarecer essas teses vinculantes, proponho como complemento um acréscimo doutrinário³⁴, destacado em dois itens.

34. A doutrina, penso, não deve se limitar a ser uma caixa de ressonância das decisões firmadas pelos tribunais. Ao contrário, seu papel mais relevante é o de instigar a mudança de paradigmas ou, no mínimo, o aprofundamento das questões submetidas à jurisdição e que não mereceram o exaurimento de todas as possibilidades teóricas que envolvem o tema enfrentado. Por isso, em relação às tutelas provisórias em mandado de segurança, fiz a conjugação de meus entendimentos anteriores

I) É constitucional a norma que faculta ao juiz exigir contracautela ao deferir tutelas provisórias liminarmente em mandado de segurança (inciso III do art. 7º da Lei 12.016/2009), a depender da natureza jurídica da medida, pois na hipótese de concessão de tutela antecipada liminarmente, não se deve condicionar a eficácia da medida a qualquer garantia, diante da densidade cognitiva realizada pelo juiz e a remota possibilidade de reversão da medida, por ocasião do julgamento; nesse caso, a contracautela se mostra dispensável, pois o que ensejará a possibilidade de utilização de uma das garantias previstas no inciso III do art. 7º da Lei 12.016/2009 será a natureza cautelar da medida; e a contracautela legal (vedação por lei de possibilidade de concessão de tutelas provisórias) não pode se sobrepor à contracautela judicial.

II) É inconstitucional a norma que impede o juiz de deferir liminarmente tutela provisória antecipada declarando o direito à compensação de créditos tributários (§ 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009), pois se é permitido utilizar o mandado de segurança para declarar o direito à compensação de créditos tributários, não se deve vedar o exercício desse direito mediante a técnica de adiantamento da eficácia (tutela provisória antecipada, seja fundamentada na urgência, seja na evidência), caso estejam presentes seus requisitos; nessa situação a tutela será satisfativa, mas não será irreversível, pois a questão envolvida é de natureza patrimonial, sendo plenamente viável a recuperação de valores que possam ter sido indevidamente compensados.

Despeço-me da estimada leitora e do estimado leitor, reencontrando Fernando Pessoa no poema do Alves, da tabacaria, para o fecho desta explanação.

Talvez por uma visão um tanto quanto hermética do Direito que nos foi repassada em cursos jurídicos e nos manuais de

registrados em diversas publicações, aqui explicitadas, com o novo contexto trazido pelo Código de Processo Civil de 2015. Igualmente realizei a leitura de todos os votos firmados por ocasião do julgamento da ADI 4.296, após a operação para detectar os fundamentos relevantes do voto vencedor, com a complementação dos votos que acompanharam a opinião vitoriosa, colhendo alguns elementos dos votos divergentes que em determinados trechos se acostaram ao voto vencedor. Unindo todos esses elementos, firmei minhas próprias conclusões.

aprendizado, pode alguém defender que a literatura e outras formas de expressão da arte não devem se unir à ciência do Direito.

No julgamento da ADI 4.296 o relator do voto vencedor, Ministro Alexandre de Moraes, se valeu da imagem de *Davi e Golias* para discorrer sobre seu entendimento, pedindo emprestado personagens de uma literatura muito especial, a da Bíblia³⁵. O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, colocou em mesa de julgamento o trecho de uma comédia de um dos grupos mais extraordinários do cinema, o *Monty Python*³⁶.

Assim, feito o próprio Supremo Tribunal Federal, que realizou a intersecção da literatura e da arte com o Direito, siga com meu poeta da vida inteira, Fernando Pessoa, na expectativa de que essas teses fixadas na ADI 4.296 não tenham o mesmo destino do Alves, da tabacaria.

É imensa a responsabilidade da comunidade jurídica em geral para a manutenção dessas teses, diante da importância ao se conceder ao juiz o poder geral de cautela e o dever geral de contracautela, como algo que se sobrepõe às contracautelas que, por vezes a lei quer indevidamente impor.

É preciso que não se perca esse ponto de referência. A monotonia. O fixo. Para que não se diga, em forma de lamento, no caso de se abandonar essa conquista firmada na ADI 4.296: desde ontem o Direito mudou.

35. Eis o trecho do voto que contém essa utilização: “O mandado de segurança contra a Fazenda Pública, mesmo o coletivo, não deixa de ser uma luta de Davi contra Golias. O Estado, fortíssimo, antes de cumprir a decisão cautelar, entra automaticamente com todas as medidas possíveis e necessárias de recorribilidade. Se perder todas, mostra que, realmente, a liminar deveria ter sido concedida. Agora, se negarmos, desde logo, essa possibilidade, nessa luta de Davi contra Golias, Davi não terá nenhuma outra possibilidade de proteção ao seu direito líquido e certo em várias oportunidades em que aquele lapso temporal poderá colocar em risco totalmente a concretização de seu direito. Se entendermos que a cautelaridade pode ser vedada pela legislação, não há nenhum instrumento que garanta o poder geral de cautela do magistrado, e acabaremos, realmente, parece-me aqui, sujeitando o Judiciário à Fazenda Pública”.

36. A citação se deu logo no início de seu voto: “Presidente, quando acontece uma situação como neste processo, eu me lembro - já mencionei isso - do antigo filme do 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”.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. 2. ed. rev., ampl., e atual. de acordo com a Lei 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. “Uniformização de jurisprudência e precedentes no CPC/2015 e a linguagem prescritiva sequenciada: primeiro, uniformizar; depois, vincular”. In *Direito tributário e os novos horizontes do processo*. São Paulo: Noeses, 2015.

_____. “Técnicas de estabilização da jurisprudência: em busca do equilíbrio na corda bamba processual”. In *Sistema tributário nacional e estabilidade da federação*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. “A antecipação da segurança, a compensação de créditos tributários e as súmulas 212 e 213 do STJ”. In *Problemas de processo judicial tributário*. 3º volume. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 1999.

MERYMANN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal system of western Europe and Latin America*. second edition. Stanford, California: Stanford University Press, 1985.

PESSOA, Fernando. *Obra completa de Álvaro de Campos / Fernando Pessoa*. Edição de Jerónimo Pizarro. Rio de Janeiro: Tinta da China Brasil, 2015.

_____. *Fernando Pessoa: obra poética em um volume*. Seleção, organização e notas de Maria Aliete Galhoz. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

SILVA, Antonio de Moraes. *Diccionario da Lingua Portuguesa*. Tomo Segundo. Lisboa: 1813.

PIZOLIO, Reinaldo. “As Súmulas 212 e 213 do STJ e a Compensação de Tributos Federais”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 40. Janeiro de 1999.

