

A Lei nº 12.016/09 e o Direito Processual Intertemporal – Primeiras Impressões

Lúcio Delfino

Doutor em Direito Processual Civil (PUC-SP). Diretor da Revista Brasileira de
Direito Processual. Advogado.

Sumário: **1** Introdução – **2** Identificação da denominação direito intertemporal – **3** Retroatividade ou irretroatividade da lei? – **4** Efeitos retroativo e imediato da lei – **5** A lei processual – Aplicação retroativa ou imediata? – **6** Particularidades da lei processual – **7** Enunciados hermenêuticos de direito processual intertemporal – **8** O direito intertemporal processual e a Lei nº 12.016/09 – **8.1** Os processos já findos, aqueles ainda não instaurados e a Lei nº 12.016/09 – **8.2** O prazo de 30 dias para impetração do mandado de segurança por terceiro em favor do direito originário (Lei nº 12.016/09, art. 3º, parágrafo único) – **8.3** A necessária indicação da pessoa jurídica na petição inicial (Lei nº 12.016/09, art. 6º, *caput*) – **8.4** O prazo para a autoridade coatora prestar informações (Lei nº 12.016/09, art. 7º, I) – **8.5** A exigência de caução, fiança ou depósito (Lei nº 12.016/09, art. 7º, III) – **8.6** Restrições ao “poder-geral de antecipação” e a sua extensão à disciplina dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (Lei nº 12.016/09, art. 7º, §§2º e 5º) – **9** Conclusão

1 Introdução

Superado o regime legislativo anterior e instituída novidade no ordenamento jurídico, problemas naturalmente surgem, sobretudo àqueles jungidos à hermenêutica.

E a referência não diz respeito tão só aos equívocos de grafia, termos dúbios ou ainda normas exageradamente abertas, hipóteses, sem dúvida, responsáveis por dificultar o trabalho daquele que opera o direito. Há problemas outros, cuja natureza também é de ordem hermenêutica, que também se traduzem em embaraços, os quais não raro atentam à própria justiça da decisão quando não compreendidos de maneira equânime: os *conflitos de lei no tempo*.

A nova Lei nº 12.016, publicada em 07 de agosto de 2009, traz novel disciplina ao mandado de segurança, e revoga o regime anterior, cuja vigência perfazia mais de um século. É bem verdade que as inovações não foram muitas, pois o propósito focou-se, acima de tudo, em solidificar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que já se apresentavam aceitáveis na praxe com certa tranquilidade. Mas algum choque entre as Legislações pretérita e novel realmente há, e só isso já justificaria o desenvolvimento de trabalhos doutrinários que enfrentem a temática sobre o *direito intertemporal processual*.

Pretende-se, portanto, depois de traçar linhas gerais sobre o *conflito de leis no tempo*, indicar hipóteses problemáticas que se situam no contexto da Lei nº 12.016/09, as quais, muito possivelmente, irão atormentar o dia a dia dos juristas. Soluções, que se acreditam viáveis, serão, ao final, apresentadas a cada uma delas.

2 Identificação da denominação direito intertemporal

Esclarece Jônatas Milhomens que a lei, disposição de ordem geral, abstrata, projeta-se no tempo e no espaço, voltando-se, naturalmente, para o futuro. E desde que começa a vigorar, regula todas as hipóteses que venham a surgir e se ajustem ao respectivo preceito. O direito, entretanto, evolui, acompanha as mutações da vida social, o que implica a substituição de muitos preceitos legais por outros, estes últimos regulando a matéria diferentemente.¹

Algumas vezes, a colisão da Lei nova com a anterior acarreta problemas. Isso porque determinadas circunstâncias estabelecidas pela lei antiga podem permanecer sob a vigência da nova Lei; ou, por outro lado, situações outras, que foram criadas pela lei velha, já não vão encontrar guarida na novel legislação.² Destarte, há que se estudar até que ponto a lei antiga pode gerar efeitos e até que ponto a Lei nova não pode impedir esses efeitos da lei antiga.³

¹ MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 19.

² Logo se vê que o *direito processual intertemporal* tem por objeto a determinação dos momentos de início e fim da vigência da lei processual, como também estabelecer os limites de eficácia da lei velha, ou da nova, em relação aos processos pendentes e aos já extintos no momento de vigência desta. Essas normas de direito processual intertemporal estão situadas na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e se denominam normas de *superdireito* (direito sobre direito), já que são normas de produção jurídica.

³ MACHADO, A. Paupério. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 282.

E esse estudo, necessário para o desate de problemas jurídicos de apreço, recebe as denominações de *conflito de leis no tempo*, *retroatividade ou não retroatividade das leis*, *aplicação do direito em relação ao tempo*, *superveniência da lei no tempo*, *direito transitório* e, com tendência a prevalecer sobre as demais, *direito intertemporal*.⁴

3 Retroatividade ou irretroatividade da lei?

Seguindo o exemplo de seu criador, a lei nasce, vive e se esvai. Tem seu *dies a quo* e pode conter explícito o limite de sua vigência (*dies ad quem*).

Salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo país 45 dias depois de oficialmente publicada na imprensa oficial, consoante previsão expressa contida no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil — é comum, no Brasil, enunciado que preveja a entrada em vigor da Lei nova “a partir da sua publicação”, ainda que tal hipótese restrinja-se a legislações que envolvam matéria de pequena repercussão.⁵

A lei publicada permanece sem efeito até que chegue o dia estabelecido para tanto. Em tal circunstância, diz-se que a lei é *vacante*, pois imersa no período de *vocatio legis*, o que lhe coloca em situação de inércia, sem poder de atuação ou vigência.

Não detendo a lei *vigência temporária*, permanecerá em vigor até que outra a modifique ou a revogue (LICC, art. 2º, *caput*). Ressalte-se que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação por incompatibilidade lógica) (LICC, §1º do art. 2º).⁶

⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973. v. 2, p. 152.

⁵ Confira-se, a este respeito, o que dispõe a Lei nº 95/98: “Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão. §1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. §2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’”.

⁶ Fala-se em *ab-rogação* para indicar que a revogação de uma lei foi total e absoluta, e em *derrogação* quando foi ela apenas parcial.

E é nesse cenário, no qual as leis novas colidem com as antigas, que surgem problemas afetos ao direito intertemporal. É necessário, neste ponto, considerar-se que essa problemática possui duas facetas igualmente relevantes: a) a repulsa irrestrita à retroatividade da lei; e b) a adoção da retroatividade da lei de maneira absoluta.

A admissão da retroatividade da lei, *como princípio absoluto*, geraria situações inaceitáveis, haja vista a atmosfera de insegurança que pairaria na sociedade. Aceitando-se, sem restrição, tal postura, situações anômalas ao atual regime democrático e mais aproximadas ao absolutismo propagar-se-iam no sistema social, em atentado à própria estabilidade jurídica. A confiança na lei e em sua autoridade estaria, portanto, prejudicada; relações jurídicas já concretizadas fragilizar-se-iam diante do perigo da publicação de novas leis prontamente hábeis a alterá-las.

Mas também aceitável, de outro lado, admitir que a preponderância do interesse público sobre as conveniências dos cidadãos, como consequência derivada da soberania da lei, seria circunstância apta a justificar, *antes de qualquer consideração*, sua aplicação a todos os fatos por ela regulados. Para que a legislação mais moderna possa realizar inteiramente sua finalidade benéfica, o interesse social exige que seja aplicada tão completamente quanto possível.⁷ Parafraseando Paiva Pitta, se a Lei nova tiver de respeitar a sua razão de ser no passado, restringindo o seu império somente ao que se fizer depois da sua promulgação, ver-se-á caminhar, de maneira paralela, o pretérito com o presente, o desengano com a esperança, a saudade com o gozo, a sombra com a luz, enfim, as velhas com as novas instituições.⁸

Pergunta-se, pois, qual será a solução adequada aos problemas envolvendo conflitos de lei no tempo. Dever-se-á dar privilégio à estabilidade jurídica e à paz social, impedindo a Lei nova de abraçar situações concretamente abrangidas por leis anteriores, ou, ao invés, evitar a estagnação social, buscando, sempre, o progresso ante a aceitação da *retro-operância* da lei?

Colocadas essas diretrizes preliminares, afirme-se, desde já: não se duvide que a opção do constituinte, *como regra geral do sistema*, foi pelo *princípio da não retroatividade da lei*, admitindo a retroatividade apenas em situações excepcionais. Assim o fez ao prescrever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico

⁷ FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934. p. 20.

⁸ FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934. p. 21.

perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI). Também este o sentido oriundo do comando legal constante do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

A *regra de ouro*, portanto, estabelece que toda lei dispõe para o futuro e não para o passado, de modo que os *atos jurídicos*⁹ ocorridos e já consumados não se regem pela Lei nova que entra em vigor, mas continuam valorados segundo a lei do seu tempo, circunstância que encontra justificativa no culto à segurança das relações jurídicas, valor constitucionalmente garantido (*direito fundamental à segurança jurídica*).¹⁰

Ressalte-se que por ser o *princípio da irretroatividade* oriundo de preceito constitucional (art. 5º, XXXVI), é aplicável, imperativamente, a todos os ramos do direito, a todas as espécies de enunciados normativos — leis, decretos, resoluções, portarias, etc. —, e a todas as esferas do poder público, federal, estadual e municipal.¹¹ Trata-se de uma conquista do mundo moderno contra a tirania de outrora.

Mas é um desacerto crer que a Constituição Federal impôs absoluta vedação à irretroatividade legal. O que fez foi instituir a proibição da irretroatividade da lei quando ela implicar prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A retro-operância da lei, por sua vez, é aceita nas hipóteses devidamente previstas na própria Carta Magna.¹²

⁹ Os “atos” podem ser “jurídicos” ou “não jurídicos”, conforme interessem ou não ao direito. Preocupam o jurista apenas os “atos jurídicos”, os quais, amplamente considerados, inclinam-se à deflagração de consequências jurídicas. Os exemplos de “atos jurídicos *lato sensu*” são inúmeros, justamente por também deterem acepção larga, desde os mais conhecidos (nascimento, morte, adoção, casamento, contrato), até aqueles mais específicos, como os “atos processuais” estritamente considerados (petição inicial, citação, intimação), estes últimos que mais abertamente interessam ao estudioso do direito processual.

¹⁰ Já na Constituição do Império (1824) havia preceito segundo o qual a lei não teria efeito retroativo (art. 179, §3º), garantia essa que se manteve na primeira Constituição da República (“É vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas”; art. 11, §3º). A partir de 1934, preferiu-se a fórmula adotada pela Constituição ora em vigor, sendo que a proscrição de leis retroativas, pelo menos como enunciado seco, já não existe mais entre as garantias constitucionais (MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense. p. 20).

¹¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973. v. 2, p. 155.

¹² Poder-se-ia advogar que não somente se admitiria a retro-operância nas hipóteses positivadas pelo constituinte, pois impedimento algum haveria de retroação da lei que não atentasse ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Adiante se

Em síntese, afirme-se: a) os fatos jurídicos ocorridos e já consumados no passado não se regem pela Lei nova que entra em vigor, mas continuam valorados segundo a lei do seu tempo,¹³ *sempre respeitados e preservados os efeitos deles já produzidos e aqueles ainda a serem produzidos*; b) a Lei nova se aplicará aos fatos jurídicos presentes e aos efeitos deles oriundos (*tempus regit actum*); c) a Lei nova se aplicará aos fatos jurídicos pretéritos (e aos seus efeitos futuros), originados sob a égide e o império da lei precedente por ela revogada, mas ainda não consumados, que se encontram num *estado de transição*; d) a retroatividade da Lei nova só é aceita nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição Federal.

4 Efeitos retroativo e imediato da lei

É de importância elementar, neste ponto, a distinção entre efeito *retroativo* e *imediato* da lei.

A Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º) e a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) referem-se a *fatos jurídicos consumados* ao imporem que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e à coisa julgada, opção legislativa cujo alicerce maior é justamente a proteção à segurança das relações jurídicas. O que pretendeu o constituinte, em suma, é *preservar os fatos jurídicos já consumados, bem assim os efeitos deles oriundos na vigência da antiga lei e aqueles ainda a produzir*.

Daí falar-se em *efeito imediato da lei* (CPC, art. 1.211) para retratar hipóteses em que ela é aplicável imediatamente, assim que vigente, aos fatos jurídicos presentes e aos efeitos por estes produzidos, bem assim aos efeitos futuros daqueles fatos jurídicos anteriores, ainda não consumados, originados sob a égide da lei precedente revogada pela novel legislação.

evidenciará, contudo, que em tais casos o que ocorre não é propriamente a aplicação retroativa da lei, mas, sim, a sua aplicação imediata. A doutrina, aliás, acertadamente aponta existir uma situação intermediária entre a *retroatividade* e a *irretroatividade*, a saber: *a da aplicação imediata da nova Lei às relações nascidas sob a vigência da anterior e que ainda não se aperfeiçoaram*. O requisito *sine qua non* para a imediata aplicação é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 193).

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 115.

Já quando se fala em *retro-operância ou retroatividade da lei* estar-se-á a se referir àquelas hipóteses em que a Lei nova incide diretamente em situações pretéritas, anteriormente regidas pela lei revogada e já devidamente consumadas. Nas palavras de Dinamarco, a retroatividade da lei se dá quando o seu império impõe-se a fatos jurídicos pretéritos consumados antes da sua vigência.¹⁴

Repise-se, superadas estas considerações, que no Brasil se aceita a retroatividade apenas naquelas situações devidamente previstas na própria Constituição Federal — *a retroatividade é, pois, circunstância excepcional*. Afinal, quando a Lei nova incide em fatos jurídicos pretéritos ainda não absolutamente consumados no império da antiga lei, não se está diante de um efeito retroativo, e sim imediato. Se a Lei nova incide sobre fatos jurídicos anteriores que não se configuram em ato jurídico perfeito, direito adquirido, ou não se encontrem acobertados pela coisa julgada, essa incidência não é retroativa, senão imediata.¹⁵

5 A lei processual – Aplicação retroativa ou imediata?

Chiovenda aponta ser um costume afirmar-se que a lei processual é *retroativa* e de *aplicação imediata*. A primeira afirmação é *errônea*; a segunda *equivoca*. *Errônea* porque, como todas as leis, a processual está sujeita ao princípio geral de que a lei dispõe para o futuro e, portanto, não tem efeito retroativo. *Equivoco* é asseverar que a lei processual é de imediata aplicação, porquanto isto é próprio de todas as leis, as quais, justamente por proverem para o futuro, se aplicarão imediatamente aos atos

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 116.

¹⁵ Ao nosso sentir, Elpídio Donizetti Nunes incide nesse equívoco e confunde os efeitos retroativo e imediato da lei. Em recente trabalho, esclarece: “Ressalte-se que nada obsta que a lei retroaja para alcançar atos já praticados na vigência da lei revogada. O que se veda, em nome da segurança jurídica, é a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF e art. 6º da LICC). Admite-se, por exemplo, a retroatividade da lei que dá nova redação ao disposto no art. 38, dispensando o reconhecimento de firma, porquanto tal norma não fere a situação jurídica das partes, denominando-se, por isso, retroatividade legítima” (NUNES, Elpídio Donizetti. *Tempus Regit Actum*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 241, p. 26-28, jan. 2007). Quando a lei se aplica a fatos ou situações já praticados, mas que não se encontrem acobertados pela coisa julgada, ou não se configurem em ato jurídico perfeito ou direito adquirido, não se estará diante de uma aplicação retroativa, mas sim de aplicação imediata da lei. A aplicação retroativa é admitida excepcionalmente no sistema jurídico e apenas e tão somente naqueles casos devidamente previstos na Constituição Federal.

e fatos que se verificarem depois de posta em vigor a Lei nova, exceto se constituírem efeitos novos de fatos já anteriormente consumados.¹⁶

Sem dúvida, essa lição reforça aquilo que foi afirmado alhures: a Lei nova aplica-se imediatamente àqueles fatos jurídicos presentes (e, portanto, aos seus efeitos), bem assim aos efeitos futuros daqueles fatos e situações anteriores, *mas ainda não consumados*, originados sob o império da lei precedente por ela revogada.

Ocorre que os enunciados processuais, em sua maioria, são cogentes, e, por tal razão, alguns defendem a sua aplicação retroativa àqueles *atos processuais*¹⁷ já devidamente consumados por leis processuais anteriores.

Bento de Faria, referindo-se às normas de ordem pública ou cogentes, assenta que “na esfera do direito público há de sempre prevalecer a vontade do Estado, orientada, é bem de ver, pelo menor sacrifício dos direitos subjetivos”. Igual entendimento é adotado por Lafayette: “É um princípio fundamental de direito — que as leis de administração e ordem pública têm efeito retroativo, isto é, são aplicáveis aos atos anteriores à sua promulgação, contanto que esses atos não tenham sido objeto de demandas e que não estejam sob o selo da coisa julgada”.¹⁸ Maria Helena Diniz, aduzindo posição semelhante, esclarece que os “direitos adquiridos devem ceder ao interesse da ordem pública; logo, as normas de ordem pública serão retroativas, desde que expressas e sem que haja desequilíbrio jurídico-social”.¹⁹

A tese da retroatividade das normas de ordem pública, como se vê, é fundamentada na *prevalência dos interesses da coletividade na ordem jurídica e*

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 114.

¹⁷ Ao se tratar especificamente do “direito intertemporal processual” interessa, mais detidamente, os *atos processuais*, que, em conjunto, conferem forma ao procedimento e permitem que se atinja o ato final pretendido mediante a jurisdição. O “ato processual” é espécie de “fato jurídico humano”, mais especificamente de “ato jurídico *stricto sensu*” e, portanto, depende de ato humano e, no mais das vezes, também ressoa efeitos no curso do procedimento. Traduz-se em toda conduta tendente a repercutir, de algum modo, na atuação das partes, do juiz e de seus auxiliares, e também de terceiros, às vezes até quando praticados exteriormente ao próprio processo. Os exemplos são inúmeros: a apresentação de uma petição inicial, as decisões em geral, as audiências, o interrogatório, o depoimento pessoal, o depoimento de testemunhas, a inspeção judicial, a transação, a sentença, a interposição de recursos, dentre outros.

¹⁸ FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934. p. 27.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 194.

social. Os particulares devem, segundo esse entendimento, subordinar-se às mudanças legais reclamadas naquele momento social, em razão de sua conveniência. Tratando-se de norma de *ordem pública* — argumentam os defensores da sua aplicação *retrooperante* — seria ilícito pretender direitos, como irrevogavelmente adquiridos, contrários a ela. A retroatividade, em tais casos, justificar-se-ia pelo interesse essencial da sociedade, mas sem a possibilidade de determinar perturbações de caráter geral, simplesmente porque importaria ofensa à mesma ordem pública invocada como fundamento da retroação.²⁰

É de se dizer, contudo, que os defensores da retroatividade da lei olvidam-se de que a *manutenção da ordem social* também representa um interesse coletivo. O raciocínio que opõe interesses coletivos a interesses particulares com o intuito de defender a retro-operância da lei é falho. Se é certo afirmar que os particulares devem ceder às alterações legislativas necessárias num dado momento social, e isso em razão de sua conveniência para a ordem pública, mais acertada é a afirmativa de que os indivíduos não podem viver num ambiente de absoluta insegurança social, sujeito a alterações constantes, acarretadas pelo simples surgir de novas leis. A *segurança jurídica e social* traduz-se, sobretudo, num valor coletivo meritório, já que a própria Constituição Federal optou por aboná-la (preservação da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito).

Sem dúvida, mais consentâneo à realidade nacional é o magistério do mestre Caio Mário Pereira, ao indicar, com pena de ouro, o viés exegético que deve guiar o intérprete ao se deparar com problemas vinculados ao direito intertemporal, lição válida, invariavelmente, às normas cogentes e dispositivas:

Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador.²¹

²⁰ FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934. p. 28.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 155.

A Lei nova, seja ela de ordem pública ou não, terá aplicação imediata e geral — a não ser que a própria lei disponha em sentido contrário —, ilação que se obtém da incontestável premissa de que as leis, em regra, dispõem para o futuro e não para o passado. Por tal razão, a Lei nova aplica-se imediatamente aos atos processuais presentes e seus efeitos, e também aos efeitos futuros daqueles atos processuais anteriores ainda em transição (não concluídos), originados sob a égide da lei precedente por ela revogada.

Consoante já se esclareceu, a lei retroativa é aquela que se aplica aos fatos jurídicos já acabados, concluídos e perfeitos — e, numa visão presa ao direito processual, a lei retroativa seria aquela que se aplica aos atos processuais já acabados, concluídos e perfeitos. São raras as hipóteses de aplicação retroativa da lei no sistema jurídico nacional, podendo-se citar, como exemplo, a lei penal nova, cuja retroação é admitida quando o réu dela se beneficiar, *mas isso em razão de expressa previsão constitucional* (art. 5º, XL, da CF; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

É apropriado insistir no fato de que a Constituição Federal, ao declarar, imperativamente, que a Lei nova não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, *optou por adotar o princípio da não retroatividade da lei como regra geral do ordenamento jurídico, restringindo sobremaneira o campo de retro-operância da novel legislação*. E o princípio da irretroatividade das leis, dependendo da forma em que é posto e regulamentado num ordenamento jurídico, poderá permitir uma exegese mais ou menos plástica, o que, por consequência, autorizará a sua aplicação de maneira engessada ou aberta.

Logo, nos países em que é o legislador ordinário quem proclama o *princípio da irretroatividade das leis*, tal prescrição é imposta exclusivamente ao Judiciário, de modo que se reserva ao legislador o direito de abrir-lhe exceções, aparentemente justificadas pelos invocados preceitos da moral e do direito filosófico, ou pelas exigências da ordem social. Outra, porém, é a conclusão quando o *princípio da irretroatividade* situar-se no rol das normas constitucionais — como é o caso do Brasil. Em tal circunstância, o aludido preceito dirige-se não só ao Judiciário, mas também ao próprio legislador, de sorte que não se poderão abrir-lhe exceções, salvo aquelas permitidas pela própria Constituição Federal. O legislador fica preso,

maniatado, não sendo legítima eventual intenção sua de dominar, mediante as novas leis, os fatos jurídicos — e, por tabela, os atos processuais (*espécie* de fato jurídico) — pretéritos já devidamente consumados (e também a seus efeitos já concretizados e aqueles a realizar). Os juízes, ainda com maior razão, também se vinculam a esse raciocínio hermenêutico, pois lhes é vedado aplicar a Lei nova retroativamente àqueles fatos jurídicos — e atos processuais — consumados na vigência da legislação anterior (e também aos seus efeitos já concretizados e àqueles ainda a se realizar).

Conclui-se, de tudo que foi dito, que não é lícito, no Brasil, adotar exegeses que atribuam às normas cogentes efeito retroativo, sobretudo porque a Carta Política, ao preceituar que a Lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não distingue entre legislações com tal natureza (cogentes) e outras que não a possuem. Quisesse o legislador recepcionar a retroatividade das leis de ordem pública deveria tê-lo feito expressamente, e isso na própria Constituição Federal.

Em suma, também os atos processuais já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas processuais anteriores, e seus efeitos pretéritos, presentes e futuros, não serão atingidos pela publicação de novos enunciados processuais. A Lei nova atinge o processo em curso no ponto em que ele se encontrar quando ela entrar em vigência, resguardando-se, entretanto, os *atos processuais jurídicos perfeitos* e os *direitos processuais adquiridos*.

6 Particularidades da lei processual

Ao menos duas regras seguras de *direito processual intertemporal* podem ser registradas, sem maiores problemas: a) a lei processual nova não se aplica aos processos já findos quando ela entrou em vigor, cujos atos processuais se regeram pela lei anterior e cujas decisões têm eficácia já conseguida antes da passagem da lei velha para a nova — rigorosa aplicação da máxima *tempus regit actum*; b) a lei processual nova aplica-se inteiramente aos processos instaurados na sua vigência, sobretudo porque as previsões contidas na lei velha já não existem e, obviamente, as consequências jurídicas dos atos futuros não são as que ela ditara no passado.²²

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 117.

Inquietantes, entretanto, são as dificuldades quando se pretende analisar os efeitos da Lei nova nos processos pendentes ao momento de sua vigência. E, basicamente, são três as correntes que procuram explicitar os problemas que envolvem a eficácia das leis processuais no tempo, todas fundamentalmente focadas numa perspectiva referente aos processos pendentes.

Intitulou-se a primeira das teorias de *unidade processual*, e isso porque os seus adeptos veem o processo como um complexo de atos processuais inseparáveis uns dos outros, todos eles subordinados à tutela jurisdicional, fim ou objetivo de todo processo. Ao se considerar o processo como uma entidade única, é até natural a conclusão de que ele deve, sempre, ser regido por uma única lei. Se o processo está em curso e uma Lei nova passa a vigor, será ele disciplinado inteiramente por esta ou pela lei precedente. Acaso se opte pela Lei nova, todos os atos já realizados serão tidos por ineficazes, e assim também os efeitos dela decorrentes — esse entendimento abaliza o efeito retroativo da lei processual. Num sistema como o brasileiro, se tal teoria fosse adotada, a escolha correta seria a aplicação da lei velha, evitando-se, assim, o efeito retro-operante da norma, cuja vedação encontra-se positivada no rol de direitos fundamentais.

Já a segunda corrente, denominada de *fases processuais*, considera a existência de várias fases processuais autônomas (postulatória, probatória, decisória, recursal), cada qual compreendendo um conjunto de atos inseparáveis, e cada uma constituindo uma unidade processual. Encontrando-se um processo em curso, e sobrevindo uma Lei nova, a esta não é autorizado disciplinar a fase ainda não encerrada, que continuaria a se reger pela lei anterior. Tão só as fases seguintes, nascidas sob a vigência da Lei nova, passariam a dever-lhe respeito.

A última das teorias é a do *isolamento dos atos processuais*. Sem olvidar que o processo é uma unidade em vista do fim a que se propõe, seus defensores apontam que ele é um conjunto de atos, e cada um dos quais pode ser considerado isoladamente para os efeitos de aplicação da Lei nova.²³ Assim, a Lei nova, deparando-se com um processo em desenvolvimento, respeita os atos processuais já concluídos e seus efeitos (pretéritos, presentes e futuros) e disciplina o processo a partir de sua vigência. Em outros termos, a Lei nova respeita os atos processuais

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 32.

realizados e os seus efeitos, aplicando-se aos que houverem de realizar-se, ainda que oriundos de fase processual pendente quando da passagem da lei velha para a nova, e sempre respeitados o ato processual jurídico perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada.

A terceira teoria é a que vigora no País (CPC, art. 1.211),²⁴ e o seu uso implica o repúdio a critérios radicais oriundos das outras duas teorias, a saber: a) a aplicação por completo da Lei nova aos processos já pendentes no momento de sua vigência; b) a imunização por completo desses processos à eficácia da Lei nova, para que prosseguissem até o fim sob o regime da velha; e c) o respeito às fases procedimentais já superadas ou em curso (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória), impondo a Lei nova apenas quanto às fases subsequentes.²⁵

É de se prevenir, de outro lado, que o intérprete deve dispensar especial atenção às *normas processuais materiais*, tomada essa locução para definir os preceitos que regem aqueles institutos que embora apareçam de modo explícito no processo, de alguma forma dizem também respeito à vida dos sujeitos, de suas relações intersubjetivas e daquelas que estabelecem com os bens²⁶ — representam verdadeiros *pontos de interseção* entre os planos normativos *substancial* e *processual*. Esse cuidado se justifica simplesmente porque não é crível aceitar-se que a norma nova sempre altere a norma processual material velha, ainda que não haja processo pendente, pois tal postura, em alguns casos, poderá traduzir-se em atropelo a direitos adquiridos, protegidos, assim, da eficácia da Lei nova por força do *princípio da irretroatividade das leis*. A lei velha, em tais casos, permanece eficaz apesar de no momento de sua vigência inexistir processo algum pendente e ato processual a ser preservado.²⁷

²⁴ O art. 1.211 do Código de Processo Civil consagra, expressamente, teoria do isolamento dos atos processuais ao dispor: “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”.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 118.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 62.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 120. É por tal razão que Dinamarco nega a aplicação imediata da Lei nova nas seguintes situações: a) quando ela atingir o próprio direito de *ação*, de modo a impor ao sujeito novas *competências* ou privá-lo dos meios antes postos a sua disposição para a obtenção da tutela jurisdicional (*provas, bens*); b) não pode a Lei nova retirar a

7 Enunciados hermenêuticos de direito processual intertemporal

Ao cabo das considerações procedidas, e sempre considerando o desprestígio de critérios radicais, é possível pontuar alguns enunciados hermenêuticos capazes de guiar o intérprete, de forma quase segura, quando envolto num raciocínio voltado a superar problemas afetos ao direito processual intertemporal. São eles:

- a) a lei processual nova não se aplica aos processos já findos quando ela entrou em vigor, cujos atos (e seus efeitos) se regeram pela lei anterior e cujas decisões têm eficácia já conseguida antes da passagem da lei velha para a nova — trata-se da rigorosa aplicação da máxima *tempus regit actum*.²⁸ Dito de outro modo: os atos processuais ocorridos e já consumados no passado não se regem pela Lei nova que entra em vigor, mas continuam valorados segundo a lei do seu tempo, *sempre respeitados e preservados os efeitos deles já produzidos e aqueles ainda a serem produzidos*;
- b) a retroatividade da lei (cogente ou dispositiva) apenas é admitida em hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição Federal;
- c) a lei processual nova aplica-se inteiramente aos processos instaurados na sua vigência, sobretudo porque as previsões contidas na lei velha já não existem e, obviamente, as consequências jurídicas dos atos processuais futuros não são as que ela ditara no passado;²⁹
- d) em hipóteses envolvendo processos pendentes, a Lei nova respeita os atos processuais realizados e os seus efeitos (pretéritos, presentes e futuros), aplicando-se, por outro lado, aos que houverem de realizar-se (aplicação imediata da lei), ainda que oriundos de fase processual pendente quando da

proteção jurisdicional antes outorgada a determinada pretensão, excluindo ou comprometendo radicalmente a possibilidade do exame desta, de modo a tornar impossível ou particularmente difícil a tutela anteriormente prometida; c) não se admite a aplicação imediata da lei processual quando seu objetivo é criar novas impossibilidades jurídicas; d) sempre que haja redução da possibilidade de ampla defesa, é vedada a aplicação imediata da lei processual que cria novas competências ou tornem irrelevantes as já existentes; e e) não se pode impor a Lei nova que altere regras de distribuição do ônus da prova ou subtraia bens à responsabilidade patrimonial, excluindo sua penhorabilidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 120).

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 117.

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 117.

passagem da lei velha para a nova, *e sempre respeitados o ato processual jurídico perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada;*³⁰

e) é de se dispensar especial atenção às *normas processuais materiais*, pois não é crível aceitar-se que a Lei nova sempre as altere, ainda que não haja processo pendente, pois tal postura, em alguns casos, poderá traduzir-se em atropelo a direitos adquiridos, protegidos, assim, da eficácia da Lei nova por força do *princípio da irretroatividade das leis*. A lei velha, em tais casos,

³⁰ De maneira a se reforçar este item, saliente-se o seguinte: consoante reza o art. 158 do CPC, todo ato processual das partes, consistente em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produz imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Isso prova que o ato processual realizado configura-se em verdadeiro *ato jurídico perfeito* e, por isso mesmo, plenamente capaz de conceber *direitos adquiridos processuais* naquilo que diz respeito aos efeitos gerados por ele, de modo que ambos, o *ato jurídico perfeito* e os eventuais *direitos adquiridos processuais*, devem ser necessariamente respeitados pela lei novel. A título de exemplo, imagine-se a situação daquele que, depois de proferida e publicada certa decisão, adquire o direito de interpor determinado recurso, desafiando-a, mas, logo no início do curso de seu prazo, uma Lei nova entra em vigência reduzindo o referido prazo. Tenha-se, ainda, em mente situação semelhante à anterior, só que, numa alteração mais agressiva, a Lei nova exclui a possibilidade de manejo do aludido recurso contra aquela decisão, antes admitido pela lei velha, e isso logo depois de a tal decisão ter sido proferida e publicada. Nos dois casos, a Lei nova não poderá impedir os direitos adquiridos processuais provenientes dos efeitos gerados pelo ato jurídico perfeito (decisão proferida e publicada). Assim, o prazo, no primeiro exemplo, permanecerá aquele regido pela lei ab-rogada, e o recurso, no segundo exemplo, poderá ser interposto contra aquela decisão, mesmo que a Lei nova lhe tenha conferido novos contornos. Outro exemplo: hoje, vigente a Lei nº 11.382/06, que conferiu nova roupagem à ação de execução por título executivo extrajudicial, problemas diversos, a envolver o conflito de leis no tempo, certamente surgirão. Tome-se, para ilustrar, a seguinte hipótese: atualmente, numa execução por título executivo extrajudicial, o executado será citado para, no prazo de três dias, efetuar o pagamento da dívida. Se não o fizer, o oficial, munido da segunda via do mandado, procederá, de imediato, à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado (CPC, art. 652, §1º). Na nova sistemática, o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução. Aliás, os embargos serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (CPC, art. 736, parágrafo único). Suponha-se, então, que o executado tenha sido citado antes da Lei nº 11.382/06 entrar em vigência. Admita-se, ainda, a realização da penhora e a juntada aos autos da prova de sua intimação, tudo antes de entrar em vigor a aludida Lei nº 11.382/06. No íterim entre a *intimação da penhora* e o *esgotamento do prazo para se ofertar os embargos à execução*, a Lei nº 11.382/06 finalmente passa a vigor. Indaga-se: os embargos deverão ser ofertados no prazo de 10 dias (antiga legislação) ou no prazo de 15 dias (nova legislação)? Não apenas o prazo para interposição dos embargos foi alterado. Com a nova sistemática, eles perderam sua capacidade de suspender a execução. Isto é, a regra, hoje, é a de que os embargos não suspenderão a execução; apenas excepcionalmente, a requerimento do embargante e desde que presentes alguns requisitos, o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos (CPC, art. 739-A, §1º). Por ser assim, ocorrendo a penhora e a juntada dos autos de sua intimação ainda antes de entrar em vigor a Lei nº 11.382/06, o regime anterior deve ser respeitado, de modo que o executado deverá ofertar seus embargos no prazo de 10 dias, os quais suspenderão os efeitos da execução.

permanece eficaz, apesar de no momento de sua vigência inexistir processo algum pendente e ato processual a ser preservado.³¹

8 O direito intertemporal processual e a Lei nº 12.016/09

Há, finalmente, que se examinar a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, com os olhos atentos às balizas hermenêuticas estabelecidas no tópico anterior, e assim identificar não apenas alguns possíveis problemas a serem enfrentados futuramente, envolvendo a *colisão entre leis no tempo*, mas principalmente indicar soluções que se lhes acredite adequadas.

As hipóteses vislumbradas serão, cada qual, abordadas em tópicos próprios e específicos, adiante discriminados, até como meio de se assegurar uma melhor compreensão didática.

8.1 Os processos já findos, aqueles ainda não instaurados e a Lei nº 12.016/09

Afirme-se, já inicialmente, que a Lei nº 12.016/09 não há de ser aplicada aos processos já findos quando de sua entrada em vigor. Afinal, os atos processuais e seus efeitos (inclusive os futuros) foram disciplinados pelas legislações anteriores, e por elas continuam valorados, orientação que se coaduna à máxima *tempus regit actum*, bem assim ao *princípio constitucional da segurança jurídica*.

Outra premissa que se pode extrair quase intuitivamente é a de que a Lei nº 12.016/09 aplica-se inteiramente aos processos instaurados a partir de sua vigência (10.08.2009). E isso pela singela razão de que as leis infraconstitucionais que regiam o mandado de segurança não mais existem, pois revogadas expressamente (Lei nº 12.016, art. 28).

8.2 O prazo de 30 dias para impetração do mandado de segurança por terceiro em favor do direito originário (Lei nº 12.016/09, art. 3º, parágrafo único)

Interessante situação pode vir a surgir em decorrência do que dispõe o art. 3º da Lei nº 12.016/09.

Disciplinando hipótese de *legitimação extraordinária* (substituição processual), a revogada Lei nº 1.533/51 autorizava terceiro a impetrar mandado de

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 120.

segurança em favor do direito de outrem, desde que o direito deste terceiro decorresse de direito não exercido a tempo e modo oportunos.³² Exemplo, indicado por Cassio Scarpinella Bueno, é o de erro na classificação de concursados, em que o direito lesado é apenas de uma pessoa, mas com reflexos sobre todos os demais que são atingidos indiretamente pela irregularidade do ato administrativo praticado.³³

Anteriormente à Lei nº 12.016/09, o terceiro poderia, portanto, impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizesse, e isso “em prazo razoável”, apesar de, para isso, notificado judicialmente (Lei nº 1.533/59, art. 3º).³⁴ Hoje, contudo, a notificação judicial, não obstante ainda exigida, tem prazo certo: o titular do direito há de ser notificado (judicialmente) no prazo de 30 dias, além de sujeitar-se ao *prazo decadencial* de cento e vinte dias, previsto no art. 23 (Lei nº 1.533/59, art. 3º, parágrafo único).

Indaga-se: ocorrida a lesão ao direito líquido e certo anteriormente à vigência da Lei nº 12.016/09, mas ainda não notificado o titular do direito pelo terceiro interessado em impetrar, ele mesmo, o mandado de segurança, é certo concluir pela aplicação imediata da nova regra? O terceiro, enfim, estaria vinculado ao prazo de trinta dias, ainda que a lesão do direito líquido e certo tenha se dado anteriormente à vigência da Lei nº 12.016/09?

A resposta só pode ser negativa. Perceba-se que a norma em epígrafe possui também natureza material (norma processual material), pois não se limita a disciplinar a relação jurídica processual e o *iter* procedimental. Afinal, suas repercussões extrapolam o limite processual e podem atentar contra o próprio *direito fundamental à ação* (CF/88, art. 5º, XXXV). Advoga boa parte da doutrina que o prazo de trinta dias

³² BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7.8.2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7.8.2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

³⁴ Ainda sobre esta hipótese de legitimação extraordinária, lecionam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo: “O art. 3º da Lei 12.016/09 procura tutelar a expectativa legítima do terceiro de boa-fé que não pode ser obliterado em sua posição jurídica pela inação do titular. É possível que o ato coator praticado provoque efeito reflexo ou direto sobre a posição jurídica do terceiro, o qual dependerá da postulação ativa do titular para a defesa quanto ao ato ilegal ou abusivo. A dinâmica das relações sociais permite que o terceiro possa se antecipar ao próprio titular da pretensão e ajuizar o mandado de segurança” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 66).

a que fez menção a novel Legislação — e, por óbvio, aquele anteriormente rotulado pela lei revogada de “prazo razoável” —, tem natureza *decadencial*. Quer isso significar que eventual notificação realizada depois de superados os trinta dias implica a perda do direito ao mandado de segurança por parte do terceiro interessado.

A Lei nº 12.016/09, enfim, impõe ao terceiro nova *condição* para a impetração do mandado de segurança, priva-o de situação mais confortável que antes lhe era disponibilizada para a postulação da tutela jurisdicional. E se assim é, necessário que se respeite o *direito processual adquirido* advindo com a lesão do direito líquido e certo e, por conseguinte, mantenha-se incólume a orientação legal anterior. Noutras palavras, admite-se ao terceiro, cujo direito líquido e certo foi lesado anteriormente à entrada em vigor da nova Lei, impetrar, ele mesmo, o mandado de segurança, desde que notificado, previa ou posteriormente à Lei nº 12.016/09, o titular do direito “em prazo razoável”, não sendo crível, em tal situação, defender-se a ocorrência de decadência.

E ainda que assim não fosse, a questão se resolveria pela inconstitucionalidade do parágrafo único da Lei nº 12.016/09, pois o que se constata aí é a evidente tentativa de se limitar o direito de impetração do mandado de segurança mediante legislação infraconstitucional.³⁵

8.3 A necessária indicação da pessoa jurídica na petição inicial (Lei nº 12.016/09, art. 6º, caput)

Vê-se, na Lei nº 12.016/09, exigência expressa de se indicar, na petição inicial, que instrumentaliza o mandado de segurança, além da *autoridade coatora*, a *pessoa jurídica* à qual integra, acha-se vinculada ou exerce atribuições (Lei nº 12.016/09, art. 6º, caput).

³⁵ Sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3º da Lei nº 12.016/09, a lição precisa de Cassio Scarpinella Bueno: “Como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, limitar o exercício do mandado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua inconstitucionalidade. A previsão do mandado de segurança como direito e garantia individual e coletivo não aceita, máxime diante do que se extrai do §1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais”. E conclui: “O ideal seria que a nova Lei nada dissesse a respeito do assunto ou que esclarecesse que caberá o mandado de segurança enquanto houver necessidade de ‘proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público’” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7.8.2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 145).

Não parece adequado, contudo, daí concluir-se que o legislador optou por exigir, hoje, um *litisconsórcio necessário passivo*, que envolva, assim, tanto *autoridade coatora*, como a *pessoa jurídica*.³⁶ Acredita-se mais ajustado compreender a exigência como maneira de possibilitar ao magistrado, prontamente, determinar eventual emenda à petição inicial, em casos de flagrante erro na indicação da *autoridade coatora* pelo impetrante — anseia-se, portanto, por uma maior facilitação na identificação correta da própria autoridade coatora.³⁷

Substancialmente nada mudou, portanto. À autoridade coatora confere-se mera *legitimidade formal* para defender a pessoa jurídica em cujo nome atuou para a prática do ato discutido no *mandamus*.³⁸ Não é propriamente a *autoridade coatora* que integra o polo passivo em mandado de segurança, mas, bem diferentemente, a própria pessoa jurídica, da qual a primeira é mero órgão ou parte integrante.³⁹ Assim era e continua a ser.⁴⁰

Confira-se, neste rumo, a precisa lição de Humberto Theodoro Júnior:

O agente da pessoa jurídica responsável pelo ato impugnado pode e deve defendê-lo, agindo, pois, no processo, como representante especial da pessoa jurídica em cujo nome atuou. Esta atuação processual, porém, não exclui a legitimidade da pessoa jurídica para, querendo, intervir, também, através de seu órgão institucional de representação judicial. Se isto acontecer, duas entidades poderão atuar paralelamente na defesa do ato impugnado: o coator e o procurador da pessoa jurídica.⁴¹

³⁶ Há respeitabilíssima doutrina neste sentido, a qual, apesar de criticar a opção legislativa, advoga que “o legislador mais recente optou por voltar à disciplina das leis da década de 1930, isto é, a de estabelecer ex lege, um litisconsórcio necessário passivo entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7.8.2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 145).

³⁷ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Comentários à lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69-70.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7-8.

⁴⁰ Neste rumo, a lição de Celso Agrícola Barbi: (...) “a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade coatora” (...) (*Do mandado de segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 154-155).

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7-8.

Adotada tal premissa, que encontra abrigo em estimada orientação doutrinária e jurisprudencial, maiores problemas afetos ao direito intertemporal processual serão evitados. Bastará ao juiz, em qualquer tempo ou fase processual, determinar ao impetrante que indique a pessoa jurídica à qual a autoridade coatora se encontra vinculada, além de ordenar a intimação desta, feita ao seu órgão de representação judicial, para que tenha ciência do feito e, querendo, nele ingresse (Lei nº 12.016/09, art. 7º, II), até em respeito à aplicação imediata da novel Legislação. Trata-se, insista-se nisso, de exigência direcionada exclusivamente à adequada identificação da pessoa jurídica à qual a *autoridade coatora* está a representar, e que, portanto, já é considerada parte integrante da relação jurídica processual.

8.4 O prazo para a autoridade coatora prestar informações (Lei nº 12.016/09, art. 7º, I)

Reza o art. 7º, I, da Lei nº 12.016/09 que, notificada a autoridade coatora, cumpre-lhe prestar informações no prazo de 10 (dez) dias. Antes, entretanto, o prazo previsto pela Lei nº 1.533/51 era de 15 (quinze) dias.

Impetrado o mandado de segurança anteriormente à nova Lei, mas ainda não concluída a citação depois de sua entrada em vigor, questiona-se qual o prazo deve ser observado pela autoridade coatora. Lembre-se que em hipóteses envolvendo processos pendentes, a Lei nova respeita os atos processuais realizados e os seus efeitos (pretéritos, presentes e futuros), aplicando-se, por outro lado, aos que houverem de realizar-se (aplicação imediata da lei), ainda que oriundos de fase processual pendente quando da passagem da lei velha para a nova, *e sempre respeitados o ato processual jurídico perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada*.

Há duas hipóteses específicas que merecem exame: a) a impetração da ação, a consequente instauração do procedimento de mandado de segurança e a determinação judicial para que se notifique o coator se deram na égide do regime anterior; e b) impetrada a ação e instaurado o procedimento de mandado de segurança na égide do regime anterior, a determinação judicial para que se notifique o coator ocorreu apenas no império da nova Lei.

Determinada a citação anteriormente à vigência da nova Lei, o ato processual deve ser preservado e seus efeitos respeitados. A autoridade coatora, destarte, terá 15

(quinze) dias para apresentar suas informações, prazo que se inicia a partir da juntada aos autos do comprovante de notificação (Lei nº 12.016/09, art. 9º; CPC, art. 241, I a III).

Situação diversa, porém, é aquela em que a determinação judicial para que se notifique a autoridade coatora se deu já no império da nova Lei, não obstante a impetração da ação tenha ocorrida no regime anterior. Tendo-se em vista que a Lei nova deve ser aplicada imediatamente, será ela, portanto, que disciplinará o ato processual e seus efeitos, de modo que, em tal hipótese, juntada aos autos o comprovante de notificação, terá a autoridade coatora 10 (dez) dias para apresentar suas informações.

8.5 A exigência de caução, fiança ou depósito (Lei nº 12.016/09, art. 7º, III)

Atualmente faculta-se ao juiz, mediante decisão fundamentada, exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (*periculum in mora* inverso – Lei nº 12.016/09, art. 7º, III). Não há aqui propriamente um *conflito de leis no tempo*, pois o regime anterior era omissivo quanto a este tema.

E assim se deve entender o dispositivo porque não há nele imposição de uma *condição* para o deferimento da decisão liminar destinada à suspensão do ato questionado. Se tal *condição* existisse, aí sim ter-se-ia *conflito temporal de leis* envolvendo aquela revogada, não subordinante, e esta atual, mais restritiva. Mas não é exegese acertada — repita-se — ver-se no art. 7º, III, a imposição de *condição* para o deferimento da tutela antecipada, senão apenas a criação de um mecanismo que possa assegurar eventual prejuízo à pessoa jurídica, decorrente de eventual rejeição do mandado de segurança.

De tal sorte, a nova técnica há de ser aplicada imediatamente, a fim de permitir ao juiz, acaso necessário, e mediante decisão fundamentada, exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, ainda que a decisão liminar tenha sido deferida no regime legal precedente.

8.6 Restrições ao “poder-geral de antecipação” e a sua extensão à disciplina dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil (Lei nº 12.016/09, art. 7º, §§2º e 5º)

Dispõe o §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09 que “não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”. As hipóteses aí disciplinadas, contudo, não inovam o ordenamento jurídico, pois todas já se encontravam devidamente positivadas em leis esparsas.

No entanto, inovou o legislador ao disciplinar a regra prevista no §5º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, cujo propósito é o de estender as restrições ao “poder-geral de antecipação”, previsto nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Reza a aludida regra que as “vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo (art. 7º, §2º) se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil”.⁴² Não obstante as restrições que já se impunham ao deferimento de tutelas antecipadas no procedimento diferenciado do mandado de segurança, atualmente também indicadas no §2º da Lei nº 12.016/09, inexistente, até então, previsão que as estendesse à *tutela antecipada genérica*, disciplinada pelos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil. Daí ser certo afirmar que a liberalidade de outrora e a limitação de hoje podem desencadear *conflitos de leis no tempo*.

O que fez o legislador infraconstitucional, porém, foi impor óbice ao *direito fundamental à ação*, do qual a técnica da tutela antecipada é, sem dúvida, um dos consectários.⁴³ Basta conferir o texto da própria Constituição, que em seu art. 5º,

⁴² Nas expressivas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, a nota comum a ambos os dispositivos (Lei nº 12.016/09, art. 7º, §§2º e 5º) “é o desarmamento do Poder Judiciário em face de determinadas ilegalidades ou abusividades da Administração Pública” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7.8.2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47).

⁴³ Em entrevista ao *Jornal Carta Forense*, Luiz Guilherme Marinoni evidencia a relação existente entre o “direito de ação” e a “tutela antecipada”. Confirma-se sua lição: “A relação é bastante clara — se ter direito de ação significa ter direito à tutela jurisdicional efetiva, então obviamente o direito de ação tem de viabilizar o direito à técnica processual idônea para proteção efetiva dos direitos. Se o direito depende de realização urgente para sua efetividade ou se a sua evidência impõe um novo dimensionamento do ônus do tempo no processo entre autor e réu, então é pouco mais que evidente que só se pode falar em direito de ação no Estado Constitucional se há previsão de direito à tutela antecipatória. O direito à tutela antecipatória é corolário imediato do direito de ação no Estado Constitucional” (Entrevista concedida ao *Jornal Carta Forense* e publicada em 04 de novembro de 2009. Disponível em: <www.cartaforense.com.br>).

XXXV, impõe, de maneira expressa, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A tutela antecipada, espécie do gênero “tutelas urgentes”, representa também técnica (*stricto sensu*) voltada a evitar “ameaça a direito”. Tanto assim que a sua concessão acelera (antecipa), total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional de direito pretendida, justificando-se naqueles casos em que a própria satisfação do direito é emergencial, dado que a demora na sua fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave.⁴⁴ Por aí já se vê o vício de inconstitucionalidade da norma, uma vez que exclui da apreciação do Poder Judiciário ameaça a direito, ulcerando mortalmente cláusula pétrea.⁴⁵

Mas o foco deste ensaio é o direito intertemporal. Então, admitindo-se, ainda que com esforço, a constitucionalidade de tal política legislativa de restrição ao direito fundamental à ação, há que se perquirir qual a influência da nova Lei nos processos pendentes, cujo mérito abarque uma daquelas hipóteses indicadas no §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, que seguem o rito ordinário, e que albergam pedido de tutela antecipada, e até já registrem decisões liminares concedidas com base no “poder-geral de antecipação” (CPC, arts. 273 e 461).

A restrição legal impede o uso de técnicas processuais, antes autorizado, para a salvaguarda de direitos ameaçados pela prática de determinados atos ilícitos, justamente aqueles hoje descritos no §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09. *Retira, por completo, a proteção procedimental-jurisdicional outrora possível através do “poder-geral de antecipação”*. E se assim é, não há sentido em defender-se a aplicação

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48.

⁴⁵ Realmente o problema relativo às restrições e à extensão da tutela antecipada comporta solução que dispensa análise, segundo o direito processual intertemporal. Ao se adotar a premissa de que os aludidos dispositivos se apresentam inconstitucionais, ao juiz cumpre simplesmente afastá-los, justificando a sua não aplicação com alicerce no *princípio da supremacia constitucional* (controle difuso de constitucionalidade). É certa, neste rumo, a lição de Cassio Scarpinella Bueno: “As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e in natura de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional”. E continua: “Aliás, nem mesmo por alteração constitucional isso seria possível, porque os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal)” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7.8.2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45).

imediate da norma restritiva aos processos em curso, tenha sido concedida ou não a tutela antecipada previamente a sua entrada em vigor. Arrisca-se a dizer mais: ainda que o mandado de segurança não tenha sido impetrado previamente à vigência da nova Lei, plenamente aceitável que o impetrante formule pedido antecipatório quando já vigente o novo regime, cumprindo, por sua vez, ao juiz, presentes os requisitos autorizadores, conceder a tutela provisória jurisdicional de direito também em tal caso. É que aqueles que foram vitimados por quaisquer dos atos elencados no §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, antes da entrada em vigor desta, possuem verdadeiro *direito processual adquirido* de se valerem das técnicas processuais anteriormente autorizadas para acudir tais ilícitos ou abusos (CPC, arts. 273 e 461).

9 Conclusão

O elenco de hipóteses que aqui se descreve é, sem dúvida, incompleto. A riqueza inerente à praxe decerto cuidará de indicar muitas outras, igualmente instigantes.

Pretendeu-se, mediante essas “primeiras impressões”, apenas situar o problema do conflito de leis envolvendo o regime do mandado de segurança, e assim instigar a comunidade jurídica a pensá-lo e empreender pesquisas que possam orientar adequadamente o dia a dia do foro.