

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE-PUC/SÃO PAULO

Ana Flávia Christofoletti de Toledo

**MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:
SANÇÕES POLÍTICAS E OUTROS PONTOS POLÊMICOS**

São Paulo
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE-PUC/SÃO PAULO

Ana Flávia Christofoletti de Toledo

**MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:
SANÇÕES POLÍTICAS E OUTROS PONTOS POLÊMICOS**

Monografia apresentada como exigência parcial para conclusão da pós graduação em Direito Processual Tributário, ministrada pela COGEAE-PUC/São Paulo.

Orientador: Walter Carlos Cardoso Henrique

São Paulo
2015

Ana Flávia Christofolletti de Toledo

**MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:
SANÇÕES POLÍTICAS E OUTROS PONTOS POLÊMICOS**

Monografia apresentada como exigência parcial para conclusão da pós-graduação em Direito Processual Tributário, ministrada pela COGEAE-PUC/São Paulo.

BANCA EXAMINADORA

Professor (a):

Professor (a):

Professor (a):

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo analisar os principais pontos polêmicos do Mandado de Segurança e demonstrar o impacto para a atividade empresarial de sanções políticas praticadas repetidamente por vários órgãos públicos, a fim de apontar o que ainda precisa ser feito no campo legislativo e judicial. Além disso, foram analisados diversos artigos da Lei nº 12.016/2009, nos termos da Constituição Federal, sempre apontando doutrina e jurisprudência recente, que mostram discrepâncias entre teoria e prática.

Palavras-chave. Direito Tributário. Mandado de Segurança Individual. Sanções Políticas. Direitos e garantias individuais. Pontos Polêmicos. Lei nº 12.016/2009.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the main controversial points of the Writ of Mandamus and demonstrate the impact for the business activity of political sanctions repeatedly practiced by several public bodies, in order to point out what still needs to be done in legislative and judicial field. In addition, we analyzed several articles of Law No. 12,016/2009 in accordance of the Federal Constitution, always pointing doctrine and recent case law, which show discrepancies between theory and practice.

Keywords. Tax Law. Individual Writ of Mandamus. Political Sanctions. Individual rights and guarantees. Controversial points. Law No. 12,016/2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONCEITO. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO MANDADO DE SEGURANÇA	10
TRIBUTAÇÃO E CIDADANIA	13
CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E ATO COATOR	17
Do Mandado de Segurança Preventivo	21
Do Mandado de Segurança Repressivo	25
Do Mandado de Segurança por Omissão	31
SANÇÕES POLÍTICAS	34
PARTES	44
MEDIDA LIMINAR	50
Concessão e restrições	51
Perempção e caducidade	54
SENTENÇA	56
O prazo de 120 dias – efeito da sentença que julga decaído o direito	57
Efeitos da coisa julgada - relações jurídicas continuativas	58
RECURSOS	61
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
ANEXO	73

INTRODUÇÃO

O Mandado de Segurança é uma importante medida processual no âmbito tributário, por ser instrumento hábil, célere e eficaz em casos de flagrante sanção política – não expedição de certidão de regularidade fiscal, por exemplo – mesmo quando presentes causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art. 151¹, do CTN).

Também é medida comumente utilizada para discussão de inconstitucionalidades e ilegalidades por vezes constantes na legislação tributária, considerada como “ação tributária por excelência”².

O presente estudo propõe verificar pontos polêmicos desse remédio processual constitucional, apenas no âmbito individual e, não de forma exaustiva, mas apenas exemplificativa, trazendo a discussão as principais preocupações dos doutrinadores, o que, muitas vezes, acaba por colidir com o entendimento jurisprudencial pacificado há décadas.

Isto porque, como se verá, o Mandado de Segurança também está regido por muitas Súmulas, sendo que a maioria delas são anteriores a própria Constituição Federal de 1988.

A grande preocupação é que a Lei nº 12.016/2009 acabou por cancelar vários entendimentos sumulados, o que nem sempre se mostra o melhor caminho, em razão do dinamismo e do olhar constitucional que sempre se deve ter quando se fala em Mandado de Segurança.

¹ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

² MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 484.

Não se nega que a Lei nº 12.016/2009 trouxe inovações importantes para o tema, como (i) a regulamentação do Mandado de Segurança coletivo (arts. 21 e 22³), (ii) a autorização para utilização de meio eletrônico, em casos de urgência (art. 4º, *caput*⁴) ou (iii) determinação de que os processos de Mandado de Segurança e seus recursos tenham prioridade sobre todos os outros autos judiciais, salvo na hipótese de *habeas corpus* (art. 20⁵), entre inúmeras outras que se poderia aqui citar.

Porém, a proposta deste trabalho é pontuar algumas questões processuais importantes que ainda carecem de maior atenção tanto pelo Legislador Pátrio quanto pelo Poder Judiciário, como quando há a exigência de caução, mesmo que presentes os requisitos da medida liminar ou quando se reconhece a perempção e pretende-se penalizar com a revogação da medida liminar e não com a litigância de má-fé, ou, ainda, quando a sentença não é recebida com efeito suspensivo e, se necessita do restabelecimento da liminar.

Enfim, são vários os pontos polêmicos abordados, tanto da ordem material – defesa do direito líquido e certo quando se trata de sanção política -, quanto da ordem processual, visando apenas contribuir com a evolução dos temas já discutidos há muito tempo pelos doutrinadores.

³ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

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

⁴ Art. 4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

⁵ Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*.

Em outras palavras, é um trabalho voltado ao militante do dia-a-dia, que precisa dessa importante ação constitucional para defender o direito que foi lesionado ou ameaçado e, que, por existir ainda inúmeras discussões processuais divergentes, precisa se amparar na melhor doutrina e jurisprudência atualizada.

CONCEITO. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança é medida constitucional que visa proteger direito líquido e certo, individual ou coletivo, contra ato de qualquer autoridade pública, não amparado por *habeas corpus*⁶ ou *habeas data*⁷.

Na Constituição da República de 1934, no capítulo “*Dos direitos e das garantias individuais*”, essa medida foi inserida como instrumento de proteção do cidadão em relação ao poder abusivo do Estado. Foi um avanço para o Estado de Direito, pois até ali somente os atos abusivos relacionados à liberdade física ou liberdade de ir e vir é que eram tutelados (via *habeas corpus*). Vejamos a sua disposição:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

Com poucas alterações, esse texto veio sendo repetido nas Constituições Federais posteriores. Na Constituição Federal de 1988, conhecida por positivizar os direitos e garantias fundamentais, como não poderia deixar de ser, dispôs sobre o Mandado de Segurança, medida que também objetiva dar maior efetividade aos direitos intitulados de “líquidos e certos”, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a esses direitos. É o que prescreve o seu art. 5º, inciso, LXIX:

“LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para 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;”

⁶ Nas palavras de Alexandre de Moraes (*in* Direito Constitucional. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 125), *habeas corpus* “é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma rodem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar”.

⁷ Nos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

A doutrina, em consonância com a disposição constitucional, define o Mandado de Segurança não só como um simples instrumento de proteção, mas sim, como um instrumento que pretende que a *“lesão seja imediatamente reparada e a ameaça seja imediatamente imunizada”*⁸. É a efetividade, a concretização do direito de forma célere e eficaz.

José Eduardo Soares de Melo⁹ bem sintetiza o conceito de Mandado de Segurança:

Medida Judicial que tem como objetivo a proteção constitucional a direito líquido e certo do contribuinte, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Hely Lopes Meirelles¹⁰ define Mandado de Segurança como:

o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica (...) para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior¹¹:

Mandado de Segurança é o remédio processual constitucional, manejável contra ato de qualquer autoridade pública, que cometa ilegalidade ou abuso de poder, tendo como objetivo proteger o titular de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. (...) Compreende todo e qualquer direito subjetivo que, não alcançado pelos dois remédios já referidos, se enquadre na configuração de direito líquido e certo.

Já James Marins¹² o define:

⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁹ MELO, José Eduardo Soares de. Dicionário de Direito Tributário Material e Processual. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 287.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21-22.

¹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1-2.

¹² MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 484-485.

Instrumento de proteção dos particulares em face de possíveis abusos praticados pelo Poder Público” e complementa que seu papel é o de ser “principal instrumento judicial de proteção do cidadão-contribuinte diante do exercício da função fiscal, campo propício para a conflituosidade entre Estado e cidadão.

Na esfera legal, sua primeira aparição se deu com a promulgação da Lei nº 191/1936 e, mesmo há tanto tempo, permanece com a mesma essência. Ditava o art. 1º da referida Lei que *“Dar-se-á mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado, ou violado, por acto manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade”*.

A definição constitucional de 1934 acabou por ser, praticamente, a reprodução da Lei nº 1.533/1951, que já estabelecia em seu art. 1º:

“Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

Já a Lei nº 12.016/2009, atualmente vigente sobre o tema, cujo texto tramitou por quase oito anos no Congresso Nacional, teve por objetivo incorporar a evolução doutrinária e jurisprudencial, já que a Lei anterior já possuía mais de sessenta anos de vigência e, estava, em alguns temas, ultrapassada.

Em alguns temas evoluiu, em outros não, o que se verá mais a frente. Fato é que, no que concerne o conceito, procurou incorporar a definição constitucional novamente. Senão vejamos.

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Para o âmbito tributário, é uma ação de extrema relevância, pois nem sempre a tributação está em consonância com a salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

TRIBUTAÇÃO E CIDADANIA

A Constituição Federal de 1988 é considerada como Constituição cidadã. Nos termos do art. 1º, o Estado Brasileiro tem como fundamentos primordiais assegurar:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

A cidadania, como assenta José Afonso da Silva¹³ está colocada em sentido maior, não se referindo apenas a direitos puramente políticos. E menciona:

Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos de educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.

Ou seja, a cidadania está intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana, com o papel ativo de cada um como forma de contribuir para construção e fiscalização do Estado democrático de direito.

Os objetivos fundamentais expressamente descritos na Constituição visam proporcionar o bem estar, uma sociedade mais igualitária para todos e estão assim descritos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. rev. atual até Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 104.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E, para que esses objetivos fundamentais sejam, de fato, cumpridos, se viu a necessidade de dispor, no texto constitucional, quais seriam os direitos e garantias individuais e coletivos tutelados, sendo o Mandado de Segurança um deles (art. 5º, inciso, LXIX, CF).

Importante destacar que a proteção à propriedade privada também está insculpida no rol de direitos e garantias individuais, de modo que a tributação, como uma participação forçada deste patrimônio na manutenção da sociedade como um todo, também se insere neste universo de direitos e garantias individuais. Portanto, o Mandado de Segurança em matéria tributária também é medida de extrema relevância, uma vez que evita que a prerrogativa estatal seja exercida sem apego aos limites e parâmetros constitucionais.

Nos dizeres de Hugo de Brito Machado¹⁴: *“O Estado, no exercício de sua soberania, tributa. Mas a relação de tributação não é simples relação de poder”*. E não é simples relação de poder justamente porque os contribuintes, os cidadãos e mesmo o Estado são sujeitos a obrigações e direitos, não havendo mera relação de hierarquia.

E reforça essa perspectiva o fato de que qualquer instituição de tributo deve observar os limites constitucionais de cada possibilidade, visando, assim, proteger o cidadão de excessos ou de abuso de poder. Esses limites foram postos em forma de princípios: da legalidade, anterioridade, igualdade, competência, capacidade contributiva, vedação de confisco e liberdade de tráfego e estão alocados no art. 150, da Constituição Federal, que não pode ser interpretado de maneira isolada, sem contextualização com o artigo 5º, especialmente seu parágrafo 2º:

TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS
CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 61.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

TÍTULO IV - DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO

CAPÍTULO I - DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

(...)

DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre:

O E. Supremo Tribunal Federal já pontuou muito bem sobre o conflito de interesses que às vezes permeia a cobrança de tributos e a preservação dos direitos e garantias individuais:

O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes". Bem por isso, aliás, é que "os princípios constitucionais tributários (...), sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. (ADIn-MC n.º 712-DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 7.10.92)

Esse conflito existe porque o Estado necessita de arrecadação de tributos para sobreviver. Assim, não é raro ver majoração de impostos sem lei, a falta de respeito da anterioridade para cobrança, imunidades não reconhecidas, multas aplicadas com nítido caráter de confisco, entre outras atrocidades cometidas em nome do Estado democrático do Direito.

Dessa forma, toda vez que o Estado extrapolar os limites constitucionais ao poder de tributar, causando lesão ou ameaça de lesão a qualquer cidadão, sem sombra de dúvidas, uma das ferramentas a ser utilizada é o Mandado de Segurança individual, já que os direitos e garantias individuais devem prevalecer sempre.

CONCEITO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E ATO COATOR

O direito líquido e certo é um requisito essencial para se ter tutelado o direito lesado ou ameaçado de o sê-lo.

É por meio deste requisito que se demonstra que o direito é translúcido, evidente, notório e que não necessita de outras provas, além das já pré-constituídas, já juntadas no momento da impetração.

De qualquer sorte, importante trazer a baila discussão doutrinária acerca do direito líquido e certo: se é mérito ou condição da ação.

No pensamento de Alberto Xavier¹⁵ o direito líquido e certo é condição da ação:

A expressão “direito líquido e certo”, reportando-se a um mero juízo de admissibilidade e não de mérito, não envolve uma valoração do direito material do autor, pretendendo apenas significar que a pretensão processual aduzida em juízo se baseia em fatos que são objeto de prova documental pré-constituída e que permitem, por si sós, ao juiz, quando formula o juízo de admissibilidade, formar a convicção da sua existência e características.

Celso Agrícola Barbi¹⁶ também defende ser o conceito de direito líquido tipicamente processual:

(...) pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

Acredito que a melhor solução seja o meio termo. Há casos em que não demonstrada a prova de plano, o *mandamus* acaba por ser extinto sem resolução de mérito (art. 267¹⁷, do CPC) e o direito líquido e certo acaba sendo uma

¹⁵ XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo administrativo e judicial tributário*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 242.

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, 3. ed., rev., aum. e atual. de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 85

¹⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)

das condições da ação. Em outros casos, em que mesmo demonstrada a prova pré-constituída, fato é que se não constata violação a direito algum do impetrante. Aqui, *s.m.j.*, no mérito, o direito líquido e certo acaba se confundindo com o direito tutelado. Nesse sentido, já se pronunciou o Professor Sérgio Ferraz¹⁸:

“o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último. Assim, a sentença que negue ou afirme o direito líquido e certo realiza o próprio fim da ação; trata-se de uma decisão de mérito. Cuida-se de condição da ação não-ortodoxa, amalgamada com a própria finalidade da ação, condição não afinada integralmente ao cânones da lei processual. Por tudo isso, a sentença que nega a existência do direito líquido e certo é verdadeira decisão de mérito, e não, apenas, declaratória de inexistência de uma condição da ação. Deve ela, por consequência, concluir pela denegação do writ, e não pela extinção do processo sem julgamento do mérito”

Contudo, a doutrina majoritária e a jurisprudência recente não se coadunam com esse entendimento. Para ambos, o direito líquido e certo é condição da ação. De qualquer sorte, vale o destaque para algumas decisões em que o judiciário reconheceu que o direito líquido e certo se confunde com o próprio mérito e, portanto, faz coisa julgada material:

Não há falar-se em carência da ação quando a base da alegação reside na ausência de direito líquido e certo a amparar, posto que isso constitui o mérito do próprio mandamus.
(TRF, 4ª Reg. AMS 89.04.18601-3 PR, DJU 7/2/90).

O exame da legalidade dos atos administrativos ou jurisdicionais em mandado de segurança é, indubitavelmente, de mérito, pois não há direito líquido e certo se não houver decretação judicial da invalidade do ato impugnado. Assim, considerado inexistente direito líquido e certo em favor do impetrante, impõe-se a denegação da segurança, e não a carência por falta de condição da ação, que só ocorre quando se tratar de impetração contra órgão ou pessoa manifestamente ilegítima.
(1º TACivSP. MS 369.370-4. TP, m.v., j. 7-5-87, Rel. Juiz Luciano Leite. RT 621/12776)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

¹⁸ Acerca do assunto, ver FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (individual e coletivo) — aspectos polêmicos.

São Paulo: Malheiros. 1996. Já Mantovanni Colares Cavalcante indica o julgamento perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AMS 89.04.18601-3-PR, relator Juiz Carlos Garcia, 1ª Turma, DJU de 7/2/90, p. 1.284) para situar a questão. Ademais, aduz o Professor da Universidade de Fortaleza que: “Assim, a ausência de direito líquido e certo tanto pode gerar a extinção do processo sem julgamento do mérito, como também com julgamento do mérito. É uma análise em duas etapas, que só será plenamente atendida quando houver uma conscientização da existência dessa pluralidade do conceito de direito líquido e certo”. Mandado de segurança. São Paulo: Dialética, 2002, p. 134.

Em sentido contrário:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

LITISPENDÊNCIA. JULGAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA ANTERIORMENTE IMPETRADO (N. 17.377/DF). AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE NOVO WRIT DEVIDAMENTE ACOMPANHADO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. (...)

2. Insta salientar que, embora a parte dispositiva do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança n. 17377/DF tenha textualmente denegado a ordem, a fundamentação do julgado aponta no sentido de que não se examinou o *meritum causae*, pois a existência da prova pré-constituída é condição da ação mandamental, haja vista ser ela imprescindível para aferir a existência e delimitar a extensão do direito líquido e certo afrontado ou ameaado por ato da autoridade impetrada. Por tal razão, inexistente óbice a propositura de nova ação com as mesmas partes, objeto e causa de pedir, desde que seja acompanhada de prova pré-constituída apta a demonstrar o alegado direito líquido e certo dos impetrantes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no MS 18.692/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2013, DJe 06/03/2013)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. RECEBIMENTO DE PROPINA. PENA DE DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA E INDÍCIOS DA MATERIALIDADE DA CONDUTA E DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. (...)

4. Ademais, o mandado de segurança não comporta dilação probatória, uma vez que pressupõe a existência de direito líquido e certo aferível por prova pré-constituída, a qual é condição da ação mandamental, haja vista ser ela imprescindível para verificar a existência e delimitar a extensão do direito líquido e certo afrontado ou ameaçado por ato da autoridade impetrada. (...)

(MS 18.106/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 04/05/2012)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONDIÇÃO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC.

1. O mandado de segurança não comporta dilação probatória, uma vez que pressupõe a existência de direito líquido e certo aferível por prova pré-constituída, a qual é condição da ação mandamental, haja vista ser ela imprescindível para verificar a existência e delimitar a extensão do direito líquido e certo afrontado ou ameaado por ato da autoridade impetrada.

2. O acórdão proferido na origem deve ser reformado para, em razão da ausência de condição da ação, extinguir o writ sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

3. Impende registrar que a extinção do processo nos moldes do art. 267, VI, do CPC não faz coisa julgada material, não obstando, portanto, a possibilidade de se pleitear eventual direito na via administrativa ou judicial, desde que devidamente comprovado.

4. Recurso especial provido.

Delimitado o que é direito líquido e certo, independente se considerado condição da ação ou se acaba por se confundir com o mérito, é questão importante apenas para definir a coisa julgada – se formal ou material. Importante, por outro lado, tecer breves considerações sobre o ato coator, que nada mais é que o ensejador, verdadeiro fundamento da interposição do Mandado de Segurança.

O ato coator é ato ou omissão proferido por autoridade pública eivado de ilegalidade ou de abuso de poder. Segundo Alberto Xavier¹⁹ todo tipo de ato tributário é passível de Mandado de Segurança²⁰, quer sejam atos positivos quer sejam negativos (ou omissivos). É ato que pode ser, assim, comissivo ou omissivo. Deve ser definitivo, dotado de eficácia imediata, já suscetível de causar lesão ou ameaça de lesão a direito.

Por decorrência, Vicente Greco Filho²¹ define como autoridade coatora aquela que, por integração de sua vontade concretiza a lesão, a violação do direito individual. E acrescenta que, desse conceito, ainda se extrai duas consequências: não cabe mandado de segurança de atos normativos gerais e de atos de simples execução.

Assim, não de forma exaustiva, mas exemplificativa, pode-se afirmar que cabe a proteção pelo Mandado de Segurança dos seguintes atos abusivos: Lançamento; autuação fiscal com aplicação de penalidade; decisão de mérito que nega provimento ao recurso administrativo (desde que não prejudique a via administrativa); inscrição em dívida ativa; decisão que denega isenção, imunidade, anistia, benefício fiscal; decisão de consulta fiscal e negativa de expedição de certidão.

¹⁹ XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo administrativo e judicial tributário*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 242-243.

²⁰ Ressalvas as hipóteses de não cabimento: (i) ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo; (ii) decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e (iii) decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, Lei 12.016/2009).

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

Do Mandado de Segurança Preventivo

As demandas preventivas, de uma forma geral, estão asseguradas pela própria ordem constitucional que, em seu art. 5º, inciso XXXV, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O Mandado de Segurança preventivo exige ameaça real de violação a direito líquido e certo decorrente de abuso de poder ou ilegalidade.

Sobre o cabimento e eficácia desta medida, a Segunda Seção do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferiu irretocável acórdão, onde assevera que prevenir é sempre melhor que recompor. Veja ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. EXTINÇÃO DE OUTRA ORDEM MANDAMENTAL IMPETRADA PREVENTIVAMENTE COM O FIM DE AFASTAR A EXIGENCIA DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...) - O MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, JUNTO COM AS CAUTELARES, É O MAIS EFICAZ INSTRUMENTO DE DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA, POSTO QUE PREVENIR, É MELHOR QUE PREPARAR, PROTEGER, É MELHOR QUE RECOMPOR. NENHUMA LESÃO É COMPLETAMENTE REPARADA OU RECOMPOSTA. - É ILEGAL O PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE EXTINGUE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO A MINGUA DE ATO-COATOR, POIS A DECISÃO QUE PODERIA SER TOMADA DIRIGIR-SE-IA AO IMPEDIMENTO DA EFETIVAÇÃO DE ATOS ACOIMADOS DE ILEGÍTIMOS, PRESTES A OCORRER. - CARACTERIZADO O PERICULUM IN MORA, PORQUANTO EM NÃO SATISFAZENDO A IMPOSIÇÃO, A POSTULANTE SE OFERECE COMO INADIMPLENTE, FICANDO SUJEITA AS SANÇÕES DAI DECORRENTES. - SEGURANÇA CONCEDIDA, PARA O FIM DE ASSEGURAR O REGULAR PROCESSAMENTO DO WRIT AFORADO EM PRIMEIRO GRAU. (TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, MS 0042044-93.1992.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ANNA MARIA PIMENTEL, julgado em 06/04/1993, DOE DATA:24/05/1993)

No mesmo sentido já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. A lei instituidora de tributo que o contribuinte considere inexigível constitui ameaça suficiente para a impetração de mandado de segurança preventivo, na medida em que deve ser obrigatoriamente aplicada pela autoridade fazendária (CTN, artigo 142, parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 105.250/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/1999, DJ 14/02/2000, p. 23)

Na visão de James Marins²² visa evitar que a autoridade fiscal venha a praticar ato de lançamento, por exemplo, quando a norma jurídica em que está calcado é tida como ilegal ou inconstitucional.

José Eduardo Soares de Melo²³, por sua vez, cita alguns exemplos de cabimento do Mandado de Segurança Preventivo: em face de resposta desfavorável à consulta tributária, diante do receio de que se efetive a cobrança do tributo ou, ainda, em caso em que proferida decisão administrativa desfavorável, com potencial receio de o contribuinte sofrer inscrição em dívida ativa e, o consequente ajuizamento de execução fiscal.

O que não cabe é a impetração de Mandado de Segurança contra lei em tese, que diferente da lei concreta – autoaplicável -, aquela precisa ser regulamentada para ter aplicação.

Para esses casos, em que a norma é inconstitucional e deve ser extirpada do ordenamento, mas ainda não causa ameaça concreta aos contribuintes, outras ações devem ser utilizadas, como Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória, mas não o Mandado de Segurança.

É o que dispõe o verbete da Súmula 266, do E. STF:

SÚMULA 266²⁴
NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE.

Nesse sentido é o reiterado posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça:

²² MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 499.

²³ MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 266.

²⁴ Sessão Plenária de 13/12/1963.

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF.

1. A impetrante busca, pela via mandamental, combater em caráter genérico e abstrato disposições contidas em resolução estadual (Resolução SEFAZ 201/2009) que regulamenta o recolhimento do ICMS devido nas operações realizadas pelo regime da substituição tributária pelas empresas optantes do Simples Nacional, o que é vedado na via estreita do mandado de segurança, ante o óbice contido na Súmula 266/STF.

2. Isso fica claro com a leitura da peça exordial, onde a impetrante desenvolve arrazoado suscitando, em síntese, o reconhecimento de inconstitucionalidade da referida resolução por violação ao princípio da legalidade (art. 150 da CF), visto que incorreria em exigência e aumento de tributo.

3. Fica claro que o ato apontado como coator não é cobrança do tributo, mas a edição da norma regulamentadora da sistemática de tributação que é de caráter genérico e abstrato, porquanto voltada a todos os contribuintes optantes do Simples sediados naquela Unidade da Federação.

Recurso ordinário improvido.

(RMS 44.239/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. INVIABILIDADE. LEI EM TESE.

1. A suposta violação do princípio da seletividade na fixação da alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica e a comunicação em 25% não pode ser suscitada em mandado de segurança, por se tratar de impugnação de lei em tese.

2. Matéria decidida pela Primeira Seção, em recurso repetitivo (REsp 1.119.872/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 13.10.2010, DJe 20.10.2010).

Agravo regimental provido.

(AgRg no RMS 39.647/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 25/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ÍNDICE DE MARGEM DE VALOR AGREGADO (MVA) DISCIPLINADO POR DECRETOS ESTADUAIS. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança pelo qual a empresa impetrante combate em caráter genérico e abstrato disposições contidas em decretos estaduais, os quais nem foram juntados aos autos, que disciplinariam o índice diferenciado de Margem do Valor Agregado (MVA) a ser observado na base de cálculo do ICMS/ST, ao argumento de que fixação de percentual maior para as operações interestaduais viola o art. 152 da Constituição Federal.

2. Não há prova pré-constituída de ato concreto ou de conduta rotineira do fisco que, com base na mencionada legislação, efetivamente, tivesse infirmado o direito invocado, seja por meio de lavratura de auto de infração ou de indeferimento de pedido administrativo.

3. Incide, na espécie, a Súmula 266/STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 36.068/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 07/12/2011)

O que se verifica tanto da doutrina e da jurisprudência remansosa é que não basta só a edição de uma norma que possa causar lesão futura. Algum ato concreto de ameaça efetiva ao contribuinte deve ser invocado. Recentemente o Des. Márcio Moraes, proferiu brilhante decisão monocrática, que bem sintetiza o espírito da Súmula. Senão vejamos.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC. Não assiste razão ao impetrante.

O pedido nuclear veiculado na inicial consiste em eximir o impetrante do recolhimento de IPI incidente na importação de veículos que, futuramente, pretende adquirir dos Estados Unidos, para uso próprio. Assevera o demandante que "pretende adquirir, nos Estados Unidos da América, para uso próprio, automóvel zero quilometro da marca BMW, sobre o qual ainda está se decidindo a respeito de modelo e cor. Futuramente, desde que tudo funcione corretamente, talvez importe também um veículo esportivo, igualmente para uso próprio, estando ainda por se decidir qual o modelo" (fls. 3).

Ora, a via do mandado de segurança é imprópria para atacar lei em tese, nos exatos termos da Súmula 266, do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, o impetrante busca imunizar-se contra eventual incidência de IPI em importação incerta, não havendo demonstração de que o ato coator esteja para ser praticado, o que não é viável na via eleita.

E, consoante o magistério de Hugo de Brito Machado:

"Mandado de segurança contra lei em tese é mandado de segurança contra lei que não incidiu. De outro modo, diz-se que há impetração contra a lei em tese, se esta ocorre sem que esteja configurada a situação de fato em face da qual pode vir a ser praticado o ato tido como ilegal, contra o qual se pede a segurança. Diz-se que a impetração é dirigida contra a lei em tese precisamente porque, inócua o suporte fático da lei questionada, esta ainda não incidiu, e por isto mesmo não se pode falar em direito" (MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de Segurança em Matéria Tributária. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 231-232).

Ou seja, o presente writ não se dirige preventivamente ou repressivamente contra ato coator certo e iminente, mas contra eventual ato coator futuro e incerto; diria até pressuposto pelas impetrantes, num exercício imaginativo que a via mandamental não se presta a socorrer.

Consigne-se que a Terceira Turma desta Corte decidiu nesse sentido, conforme demonstra o seguinte julgado: TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA. JUROS SELIC. LEI EM TESE. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. 1. Buscam as impetrantes afastar a exigência tributária quanto aos juros SELIC originários de todos os tributos "que foram ou serão reconhecidos judicialmente como ilegais ou inconstitucionais". 2. A via do mandado de segurança é imprópria para atacar lei em tese, nos exatos termos da Súmula 266, do Supremo Tribunal Federal. 3. Apelação improvida. (AMS nº 2008.61.00.021529-6, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, v.u., j. 6/5/2010, DE 25/5/2010)

Ante o exposto, nego seguimento à apelação, nos termos do caput do art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

(TRF3, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015981-97.2011.4.03.6100/SP, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, DE 05/06/2014)

Verifica-se, assim, que apenas cabe o Mandado de Segurança Preventivo quando o questionamento da norma for concreto, mediante ameaça a direito, onde, no controle difuso e incidental, se discute a constitucionalidade da norma. De outra parte, quando não há interesse específico, a discussão via *mandamus* se tornaria uma espécie de controle abstrato, o que é vedado pela Constituição Federal.

Do Mandado de Segurança Repressivo

Ao contrário do Mandado de Segurança preventivo, aqui a hipótese é de correção da ilegalidade ou de abuso de poder já consumados. Denomina-se corretivo ou repressivo²⁵.

Como bem assevera José Eduardo Soares de Melo²⁶, tem por finalidade a impugnação e a desconsideração de atos de distintas naturezas, como apreensão de mercadorias, lançamento tributário, lavratura de auto de infração, decisão inadmitindo o processamento de recurso, para, assim, evitar que seus efeitos lesivos atinjam irremediavelmente a esfera jurídica do particular.

Ou nos dizeres de Cleide Previtalli Cais²⁷: *“Tratando-se de Mandado de Segurança voltado contra ato já consumado, cabe ao impetrante demonstrar que seu direito é líquido e certo mediante documentação probatória inequívoca apresentada juntamente com a vestibular”*.

Entretanto, a Lei nº 12.016/2009 é explícita quanto ao não cabimento do Mandado de Segurança em três hipóteses:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

²⁶ MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 266.

²⁷ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 307.

- II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III - de decisão judicial transitada em julgado.

Isto porque, o Mandado de Segurança não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso. Se existe na ordem processual vigente recursos próprios para atacar o ato, é este recurso que deve ser utilizado.

Assim, com relação ao inciso I, se o recurso administrativo tem efeito suspensivo e não há, ainda, nenhuma exigência de garantia, caução, não cabe o Mandado de Segurança.

Cássio Scarpinella Bueno²⁸ acrescenta que o dispositivo não autoriza a tese da necessidade de prévio esgotamento da esfera administrativa, mas apenas constatar se o impetrante optou pela via administrativa – recursal -, e, a sua insistência naquela sede não lhe cause danos imediatos. Se for isso, falta-lhe interesse de agir no *writ*.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre o tema, apenas ressaltando o cabimento desta ação apenas em caso de omissão da autoridade, nos termos da Súmula 429:

SÚMULA 429²⁹

A EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO NÃO IMPEDE O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA OMISSÃO DE AUTORIDADE.

Da mesma forma, o inciso II afasta o cabimento de *mandamus* quando do ato judicial caiba recurso judicial com efeito suspensivo, já que esse efeito afasta lesões ou ameaças de lesão.

A grande questão de relevo está na leitura inversa do artigo. Se o recurso judicial, por sua vez, não tem efeito suspensivo, levaria a hipótese de cabimento do Mandado de Segurança?

²⁸ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 35.

²⁹ Sessão Plenária de 01/06/1964.

Cássio Scarpinella Bueno³⁰ assenta que “*aceita essa interpretação seria retroceder no tempo e na história*” e acrescenta que:

“O Mandado de Segurança contra ato judicial, para ser adequadamente empregado como sucedâneo recursal, vale enfatizar, pressupõe algum ponto de estrangulamento do sistema e não, meramente, o insucesso pontual de algum pedido ou requerimento negado pelo magistrado no caso concreto”

A Súmula 267, do E. Supremo Tribunal Federal é mandatória:

SÚMULA 267³¹

NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO OU CORREIÇÃO.

E, no mesmo sentido, é a hipótese do inciso III: não cabe Mandado de Segurança contra decisão judicial transitada em julgado. A Súmula 268, do E. Supremo Tribunal Federal possui essa redação, inclusive:

SÚMULA 268³²

NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO.

A razão é a mesma. Contra decisão transitada em julgado cabe ação rescisória e, portanto, não cabe Mandado de Segurança (art. 485³³, do CPC).

³⁰ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 37.

³¹ Sessão Plenária de 13/12/1963.

³² Sessão Plenária de 13/12/1963.

³³ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

V - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

Ou seja, para a doutrina majoritária, só caberia Mandado de Segurança contra ato judicial se a decisão proferida for teratológica, ou seja, absurda, monstruosa, uma verdadeira aberração jurídica.

É o que também se depreende dos precedentes judiciais. A única hipótese de cabimento se daria em caso de decisão teratológica. Senão vejamos.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ATO JURISDICIONAL: DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA OU DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais é inadmissível, exceto nas hipóteses de teratologia ou de flagrante ilegalidade do decisum. Precedentes: RMS 32.017 AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; RMS 30.989/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; RMS 31.214-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. (...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 32389 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2014 PUBLIC 03-02-2014)

MANDADO DE SEGURANÇA - OBJETO - DECISÃO TRÂNSITA EM JULGADO. Conforme assentado por esta Corte, "não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado", óptica somente afastável em se tratando de quadro revelador de verdadeira teratologia.(...)

(RMS 22910, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 28/08/1998, DJ 04-12-1998 PP-00034 EMENT VOL-01934-01 PP-00131)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INVENTÁRIO. ISENÇÃO PARCIAL DE CUSTAS JUDICIAIS. TRÂNSITO EM JULGADO. REVOGAÇÃO DE OFÍCIO. TERATOLOGIA.

1. Enseja mandado de segurança, por teratologia, a decisão judicial que determina a complementação de custas judiciais depois de transitada em julgado a ação de inventário.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 19.075/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 09/11/2012)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER OUTRO RECURSO APTO A IMPUGNAR O ATO DA AUTORIDADE COATORA. DECISÃO TERATOLÓGICA.

1. Possibilidade de impetração do mandado de segurança quando ausente qualquer outro recurso cabível contra o ato judicial realizado pela autoridade coatora.

2. Ato judicial que se mostra manifestamente teratológico e abusivo, a ensejar perigo de dano irreparável.

3. Existência de abuso de poder no ato do Magistrado que, ignorando por duas vezes determinação do Tribunal de Justiça, manteve decisão que,

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

entendendo serem inadmissíveis embargos de declaração com efeitos infringentes, recebeu-os como apelação e, ato contínuo, julgou-a deserta.

4. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO COM A CONCESSÃO DA ORDEM.
(RMS 34.181/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012)

RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. TERCEIRO INTERESSADO. COISA JULGADA. EFEITOS. ART. 472 DO CPC. CABIMENTO. HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA. SÚMULA N. 268/STF. MITIGAÇÃO.

- Não se olvida de que, de fato, a impetração de mandado de segurança contra ato judicial somente é admissível em hipóteses excepcionalíssimas, a fim de desconstituir decisões teratológicas, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder. É certo ainda que o verbete n. 268 da Súmula do Supremo Tribunal Federal pontifica que "não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado".

- Referidas regras, contudo, devem sofrer mitigação em circunstâncias excepcionalíssimas, tal qual se deu na hipótese in concreto, em que o recorrente/impetrante não integrou a relação processual, ante a ausência de citação ou intimação, a fim de se defender em ação que lhe afastou das funções de vereador.

Recurso ordinário provido.

(RMS 28.741/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 29/08/2012)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXISTÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL. COISA JULGADA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 267 E 268/STF. INOCORRÊNCIA DE TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA.

1.- A jurisprudência desta Corte aponta no sentido de que o Mandado de Segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, sendo descabido o seu manejo contra ato judicial recorrível ou transitado em julgado. Aplicação das Súmulas 267 e 268/STF.

2.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RMS 34.142/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 08/05/2012)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO TERATOLÓGICA. SENTENÇA INEXISTENTE. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. SENTENÇA CITRA PETITA. NULIDADE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL. 1. A coisa julgada é uma entidade definida e regradada pelo direito formal que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos e às regras postas na Constituição, sendo possível a sua relativização em situações peculiares em que a eiva de nulidade absoluta existente demonstra a impropriedade de sua consolidação. 2. Constatada a ocorrência de julgamento citra petita, impõe-se a decretação de nulidade do decisum para que nova sentença seja proferida, nos termos do pedido inicial.

(TRF4, AC 2002.71.04.011793-6, Sexta Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 03/10/2013)

Contudo, apesar da questão parecer totalmente pacificada, mesmo não sendo uma questão tributária, importante consignar que recentemente o E. Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão excepcionando a regra contida no artigo 5º,

inciso III, da Lei 12.016/2009 e Súmula 268/STF, permitindo a impetração de Mandado de Segurança contra decisão interlocutória ou sentença transitada em julgado, quando a ação correr no âmbito dos Juizados Especiais, já que neste rito não cabe nem agravo de instrumento nem ação rescisória. É o que se depreende da ementa abaixo transcrita:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENSÃO MANDAMENTAL DE ANULAÇÃO DE ATO JUDICIAL, TRANSITADO EM JULGADO, PROFERIDO POR COLÉGIO RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL, SOB O ARGUMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR CAUSA DE MAIOR COMPLEXIDADE PROBATÓRIA - ACÓRDÃO LOCAL EXTINTIVO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INSURGÊNCIA DA ENTIDADE FUNDACIONAL.

1. A extinção, sem resolução de mérito, do mandado de segurança originário de Tribunal encontra-se abrangida pela expressão "decisão denegatória" prevista no artigo 105, inciso II, alínea "b", da Constituição da República de 1988, razão pela qual cabível o recurso ordinário constitucional contra o respectivo acórdão. Precedentes.

2. Revela-se cabível a impetração de mandado de segurança, no âmbito da Justiça Comum, para realizar o controle da competência dos Juizados Especiais, ressalvada a autonomia quanto ao mérito das demandas desse segmento jurisdicional. Precedente da Corte Especial: RMS 17.524/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 02.08.2006, DJ 11.09.2006.

3. Como exceção à regra geral que veda o manejo de mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado (artigo 5º, inciso III, da Lei 12.016/2009 e Súmula 268/STF), sobressai a orientação jurisprudencial desta Corte, segundo a qual se admite a impetração do writ frente aos Tribunais de Justiça dos Estados, para o exercício do controle da competência dos Juizados Especiais, ainda que não mais caiba recurso em face do provimento jurisdicional a ser anulado, "sob pena de se inviabilizar ou, ao menos, limitar, esse controle, que, nos processos não submetidos ao Juizado Especial, se faz possível por intermédio da ação rescisória" (RMS 30.170/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05.10.2010, DJe 13.10.2010).

4. Na hipótese ora em foco, verifica-se o cabimento da ação mandamental proposta na origem, em que a pretensão da impetrante (entidade de previdência privada, operadora de plano de saúde coletivo sob a modalidade de autogestão) reside na anulação de acórdão, transitado em julgado, proferido por Colégio Recursal do Juizado Especial, pugnando pelo reconhecimento da incompetência absoluta do órgão jurisdicional, ao argumento de que a complexidade probatória da causa, extraída da necessidade de produção de prova pericial atuarial, induz à competência da Justiça Comum.

5. A teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC) revela-se inaplicável ao recurso ordinário em mandado de segurança, por não ser possível a supressão ou ampliação da competência jurisdicional originária prevista em rol taxativo de texto constitucional (inadmissibilidade do julgamento per saltum). Precedentes do STF e do STJ. Desse modo, inviável discutir, no presente momento, a aptidão ou não da causa de pedir mandamental (alegação de que a necessidade de produção de prova pericial implica a incompetência do Juizado Especial para processar e julgar a causa), por configurar o mérito do aludido instrumento processual.

6. Recurso ordinário provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para processamento e julgamento do mandado de segurança dirigido contra ato do próprio tribunal (competência originária delineada no artigo 109, inciso I, da Constituição Estadual).
(RMS 37.775/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 02/09/2013)

A decisão acima se coaduna com a previsão constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deverá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (inciso XXXV, art. 5º) e, mostra o quão deve ser dinâmico o julgador mesmo quando a lei apresenta lacuna ou o entendimento jurisprudencial esteja pacificado em sentido contrário, mas não contempla o caso concreto.

Do Mandado de Segurança por Omissão

O Mandado de Segurança por omissão, por fim, é aquele em que a autoridade deveria praticar tal ato, mas não o faz.

É o caso típico assegurado pela Súmula 429, do E. Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

SÚMULA 429³⁴

A EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO NÃO IMPEDE O USO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA OMISSÃO DA AUTORIDADE.

Alberto Xavier³⁵, de forma irretocável, comenta o disposto na Súmula:

“A regra segundo a qual a inexistência de efeito suspensivo é pressuposto do mandado de segurança não se aplica, também, nos casos em que o objeto do processo seja *ato omissivo*, pela singela razão de ordem lógica de que os efeitos danosos da omissão ilegal produzem-se imediatamente e não são suscetíveis de suspensão pela interposição do recurso administrativo”.

Em outras palavras, muitas vezes a autoridade administrativa extrapola o prazo que possui para análise do pedido administrativo formulado pelo

³⁴ Sessão Plenária de 01/06/1964.

³⁵ XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo administrativo e judicial tributário*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 244.

contribuinte, inclusive aquele fixado em lei como prazo limite, o que dá ensejo a impetração de Mandado de Segurança. Note-se, que nesses casos, não se analisa a matéria de fundo do pedido administrativo, como por exemplo, o pedido de restituição, mas tão-somente o ato omissivo de não análise do pleito administrativo.

Nesse sentido é a jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES. PRAZO PARA ANÁLISE. LEI Nº 11.457, DE 2007. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. 1. Ultrapassado o prazo de 360 dias, previsto na Lei nº 11.457, de 2007, para exame de processo administrativo no qual se postula a restituição de valores, resta caracterizada a demora excessiva e violado o princípio da eficiência da Administração Pública, impondo-se a concessão do mandado de segurança para que seja proferida, em prazo razoável, decisão administrativa acerca do pedido. 2. Escoado o prazo previsto no art. 24 da Lei nº 11.457, de 2007, tem o contribuinte direito à apreciação de pedido de ressarcimento formulado administrativamente ao Fisco, com incidência de correção pela taxa SELIC a partir da data do protocolo, em sendo reconhecido o crédito. (TRF4, AC 5001249-68.2014.404.7110, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Rômulo Pizzolatti, juntado aos autos em 27/08/2014)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO RELATIVA A PROCESSO ADMINISTRATIVO. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTRAPOLAÇÃO DE PRAZO. SENTENÇA IRREPARÁVEL. APELO E REMASSA OFICIAL DESPROVIDOS. UNÂNIME. A Administração Pública extrapolou o prazo para proceder à análise dos pedidos administrativos de restituição de que aqui se tratam, é o caso de manutenção do prazo fixado na sentença recorrida. Irreparável a sentença que, ante a inércia da Administração Fazendária, fixou prazo razoável para que instrua e julgue os Pedidos Administrativos de Ressarcimento de créditos formulados pela Empresa Impetrante. (TRF4, APELREEX 5005566-85.2013.404.7000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, juntado aos autos em 10/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. GREVE DE SERVIDOR PÚBLICO. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SERVIÇO ESSENCIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. CUSTAS. 1. O mandado de segurança é instrumento adequado contra ato omissivo de autoridade responsável pela fiscalização e liberação de mercadorias destinadas à exportação. 2. O simples cumprimento espontâneo da medida liminar deferida, um dia antes do término do movimento grevista, não afasta o interesse de agir existente inicialmente e a referida medida, ainda que satisfativa, não implica em perda de objeto do mandado de segurança, conforme precedente deste Tribunal (REOMS 2003.33.00.019613-5/BA). 3. No mandado de segurança, a autoridade coatora tem sua legitimidade medida tanto pela possibilidade de fazer quanto de desfazer o ato indigitado coator. Ilegitimidade passiva ad causam reconhecida do Inspetor do Ministério da Agricultura Plantonista no Porto de Salvador por tratar-se de mero agente executor do ato apontado como coator. 4. O direito de greve que será exercido "nos termos e nos limites

definidos em lei específica", conforme garante o artigo 37, VII, da Constituição Federal, até o momento não foi regulamentado. 5. Ainda que houvesse lei a autorizar o exercício do direito de greve, os serviços de desembaraço aduaneiro não poderiam ser paralisados, por sua essencialidade. Aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos. 6. A União é isenta do pagamento de custas processuais, porém podendo ser condenada ao reembolso das custas processuais antecipadas pela parte vencedora (Lei 9.289/96, art. 4º, I e parágrafo único). 7. Apelação parcialmente provida e remessa oficial improvida. (AMS 0005705-66.2004.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, OITAVA TURMA, DJ p.159 de 17/06/2005)

Outro caso típico é aquele em que a autoridade possui dez dias de prazo para expedir a certidão de regularidade fiscal do contribuinte, nos termos do art. 205³⁶, do CTN e não o faz, causando prejuízos, muitas vezes, ao fluxo de caixa de contribuintes que necessitam de financiamento bancário ou, a celebração de novos negócios, com a impossibilidade de participar de licitações. Essa hipótese será melhor analisada no próximo capítulo, que trata especificamente das sanções políticas impostas arbitrariamente pelo Estado.

³⁶ Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

SANÇÕES POLÍTICAS

As sanções políticas são comuns no âmbito tributário. Por isso, se viu a necessidade de se abordar esse assunto em capítulo próprio, já que, quase que na totalidade das vezes, o único socorro ao contribuinte é a impetração de Mandado de Segurança.

Como bem conceitua Hugo de Brito Machado Segundo³⁷ são assim entendidas como *“restrições de direitos fundamentais impostas pelo Poder Público com a finalidade oblíqua e desviada de efetuar a cobrança de crédito tributário sem a observância do devido processo legal”*.

Ainda acrescenta:

“Tais práticas são de redobrada inconstitucionalidade. Não apenas porque implicam a supressão de um direito fundamental que nenhuma relação tem com a cobrança de tributos (o direito de exercício de uma atividade econômica assiste também ao inadimplente), mas especialmente porque ensejam a cobrança de tributos em desrespeito ao devido processo legal.”

É de se ressaltar que o Poder Público deve reger todos os seus atos em consonância com o quanto disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Marçal Justen Filho³⁸ enfatiza o quão importante é a observância do Princípio da Legalidade, pois sem isso, o ato administrativo não se torna legítimo:

A supressão da legalidade das infrações elimina garantias do particular em face do Estado e atenta contra princípios fundamentais. Basta considerar o §2º do art. 4º da Constituição, que impede a penalização dos particulares sem uma lei prévia que defina a infração e a sanção.

³⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 346.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 584.

De igual importância, a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência também devem reger qualquer ato administrativo, serem verdadeiras diretrizes dos Agentes Públicos, evitando-se assim, arbitrariedades, abusos e ofensas inegavelmente garantidos pela via eficaz do Mandado de Segurança.

Sobre a importância do art. 37, da Constituição Federal, Alexandre de Moraes³⁹ afirma:

(...) A constitucionalização dos princípios básicos da administração pública tem a mesma finalidade: garantir a honestidade na gerência da res pública e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que se afastarem dessas diretrizes obrigatórias.

Ainda é de se notar que qualquer ato administrativo deve ser motivado. Os direitos individuais podem ser limitados, mas sempre sem abuso ou desvio de poder. A análise sempre deve se pautar pela preservação das garantias constitucionais. É o que já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - AUTORIZAÇÃO - BANCA DE JORNAIS - REVOGAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE MOTIVO - IMPOSSIBILIDADE - ANULAÇÃO.

A autorização conferida para exploração de banca de jornais e revistas só pode ser cancelada se houver motivo superveniente que justifique tal ato.

Existindo mais de uma banca no mesmo local, a revogação operada a apenas uma delas fere o princípio da igualdade.

Tratando-se de ato arbitrário, é cabível sua anulação pelo Poder Judiciário.

Recurso provido.

(RMS 9.437/RJ, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/1999, DJ 01/07/1999, p. 118, REPDJ 30/08/1999, p. 31)

Pelo julgado supra, se observa nítida limitação ao Poder de Polícia do Estado. É verdade que o Poder Público deve utilizar o poder de polícia para fazer cumprir as obrigações tributárias. É o que conceitua o art. 78, do CTN:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à

³⁹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 785.

tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Entretanto, por vezes, percebe-se excesso e até mesmo, abuso de poder. Hugo de Brito Machado Segundo⁴⁰ cita alguns casos em que há abuso do poder de polícia:

- (a) a suspensão ou o cancelamento da inscrição do contribuinte em cadastros específicos (CNPJ, CGF etc), sem os quais resta praticamente inviabilizado o exercício da atividade correspondente;
- (b) a apreensão de mercadorias em condições nas quais a presença física destas não é mais necessária para a comprovação de qualquer infração, e cuja liberação é condicionada ao pagamento de tributos;
- (c) a proibição de que o contribuinte tido como inadimplente obtenha a impressão de novos blocos de notas fiscais etc.

Acrescento o exemplo de não expedição de certidão de regularidade fiscal, mesmo tendo o contribuinte demonstrado que todos os débitos estavam com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, do CTN. Como bem lembrado por Hugo de Brito Machado⁴¹, o contribuinte que tem seu pedido de Certidão negado sem que exista débito vencido *“pode ser entendido como uso de meio ilegal para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo, e assim pode configurar o crime de excesso de exação, definido no art. 316, §1º, do Código Penal”*⁴².

E, por óbvio, não ter Certidão Negativa no cenário econômico atual, onde se necessita desse documento para quase tudo relacionado a atividade empresarial, como participar de licitações, mostrar regularidade da operação para acionistas ou para investidores, obter financiamentos bancários, poder usufruir de benefícios fiscais (como diferimento de tributos) etc, faz com que muitos se rendam as exigências para sua emissão, com um único objetivo: evitar mais prejuízos ao regular andamento dos negócios do que aqueles que a sanção política já causa.

⁴⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 346.

⁴¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 255.

⁴² Art. 316 (...)

Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Em todos esses casos, o que se verifica é o nítido caráter arrecadatório às avessas, pois não há qualquer observância ao devido processo legal (art. 5º, LIV⁴³, da CF). Em praticando a sanção política, o Poder Público busca receber tributos, muitas vezes, indevidos, por um meio muito mais célere – inviabilizando a atividade econômica do contribuinte –, apesar de ilegal e inconstitucional.

Outrossim, é verdade que existem casos onde a prévia quitação de tributos é necessária e está em consonância com a Constituição Federal. Porém, referidos casos estão devidamente descritos nos arts. 191 e seguintes do Código Tributário Nacional, de forma taxativa. Senão vejamos:

Art. 191. A extinção das obrigações do falido requer prova de quitação de todos os tributos. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Art. 192. Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas.

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

Pela redação dos artigos supracitados fica evidente a intenção do legislador de especificar quais seriam as únicas hipóteses em que o Poder Público teria autoridade para exigir a quitação antecipada de tributos.

Qualquer outra norma extensiva deve ser rechaçada. É como bem afirma Hugo de Brito Machado⁴⁴:

⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 255-256.

A lei que amplia os casos dessa exigência, estabelecendo formas de cerceamento da liberdade de exercício da atividade econômica, é inconstitucional. Primeiro, porque afronta o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Segundo, porque institui forma oblíqua de cobrança de tributos, permitindo que esta aconteça sem a observância do devido processo legal.

A liberdade profissional e o livre exercício de qualquer atividade econômica são garantias constitucionais estipuladas respectivamente no art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A despeito de ser conduta repugnante, muitas vezes o Poder Público sequer documenta a ilegalidade cometida. Com ou sem a prova documental (já que a falta desta pode ser imputada a autoridade – art. 6º, §1º⁴⁵, da Lei 12.016/2009) o remédio constitucional cabível é o Mandado de Segurança.

O Supremo Tribunal Federal já sumulou várias hipóteses de sanção política, visando diminuir, se não cessar, esse tipo de arbitrariedade. É o que dispõem as Súmulas 70, 323 e 547:

⁴⁵ Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

SÚMULA 70⁴⁶

É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTO.

SÚMULA 323⁴⁷

É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS.

SÚMULA 547⁴⁸

NÃO É LÍCITO À AUTORIDADE PROIBIR QUE O CONTRIBUINTE EM DÉBITO ADQUIRA ESTAMPILHAS, DESPACHE MERCADORIAS NAS ALFÂNDEGAS E EXERÇA SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS.

Todavia, o que se vê são inúmeras e repetidas decisões visando afastar esse tipo de conduta. Nesse sentido:

TRIBUTO – ARRECADAÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA. Discrepa, a mais não poder, da Carta Federal a sanção política objetivando a cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. TRIBUTO – DÉBITO – NOTAS FISCAIS – CAUÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA – IMPROPRIEDADE. Consubstancia sanção política visando o recolhimento de tributo condicionar a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 8.820/89, do Estado do Rio Grande do Sul.

(RE 565048, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014)

SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO – INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF) – RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA – LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO “SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW” – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24) – O PODER DE TRIBUTAR – QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE – “NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR” (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) – A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE – A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO “ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE” – DOUTRINA –

⁴⁶ Sessão Plenária de 13/12/1963.

⁴⁷ Sessão Plenária de 13/12/1963.

⁴⁸ Sessão Plenária de 03/12/1969.

PRECEDENTES – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...)

(RE 666405, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 16/08/2012, publicado em DJe-169 DIVULG 27/08/2012 PUBLIC 28/08/2012)

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - APREENSÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE AUTUAÇÃO. ILEGALIDADE - ACÓRDÃO - OMISSÃO - EXISTÊNCIA - NULIDADE NÃO DECRETADA - ART. 249, § 2º, DO CPC - SÚMULA 323/STF.. 1. É ilegal a apreensão de mercadoria ainda que desacompanhada de nota fiscal se a Administração tributária não efetiva o ato administrativo de lançamento da penalidade e cobrança do tributo por consistir em sanção política, nos termos da Súmula 323/STF. 2. É condição de validade do ato tributário que importe em intromissão no direito de propriedade do sujeito passivo de obrigação tributária sua materialização formal em auto de infração, instrumento adequado à tipificação da conduta infracional que enseja a abertura de processo para a aplicação das sanções cabíveis, legitimada pelo exercício do contraditório em procedimento em que se assegure ampla defesa. 3. Irrazoabilidade da medida de apreensão pelo Estado de Tocantins, ainda que sob fundamento de antecipação de receita em regime de substituição tributária, na medida em que não figura no pólo ativo da obrigação tributária. 4. A perpetuação de omissão de questão relevante para o deslinde da causa é fundamento suficiente para a declaração de nulidade do acórdão embargado, desde que se possa julgar a lide em proveito da parte a quem ela aproveita, nos termos do art. 249, § 2º, do CPC. 5. Incabível recurso especial fundado em violação à legislação local (Súmula 280/STF) ou à norma constitucional, nos termos dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal. 6. Sucumbência fixada em 20% do valor atribuído à causa devidamente corrigido nos termos da Súmula 162 do STJ. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RESP 200802497240, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:14/12/2009 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. OPÇÃO PELO SISTEMA SIMPLES DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS POR MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – RESTRIÇÃO RELATIVA À REGULARIDADE FISCAL DOS SÓCIOS – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E DE SEUS SÓCIOS – APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. I – As normas que conferem às micros e pequenas empresas a prerrogativa de utilizarem-se de sistema diferenciado de recolhimento de tributos, visando incentivar a sua criação e manutenção, nos termos do art. 179 da CF/88, têm supremacia em relação a que exige regularidade fiscal dos sócios; II – A pessoa jurídica tem existência distinta da pessoa de cada um de seus sócios, descabendo débitos tributários destes impedir que a micro ou pequena empresa continue recolhendo seus tributos pelo sistema SIMPLES de arrecadação de impostos e contribuições. O débito tributário regularmente inscrito enseja a emissão de Certidão de Dívida Ativa que se reveste da qualidade de título executivo para instruir ação de execução fiscal em que são praticados atos de constrição sobre os bens do executado; III – A vedação de opção pelo SIMPLES quando um dos sócios de micro ou pequena empresa tenha débito tributário inscrito em Dívida Ativa constitui verdadeira sanção política com fins meramente arrecadatórios malferindo os princípios administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade; IV – Confirmada a sentença concessiva do mandado de segurança assegurando à impetrante o direito de opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, independentemente da existência de inscrição em Dívida Ativa em nome de quaisquer de seus sócios; V – Apelação e remessa oficial improvidas.

(AMS 200151100017802, Desembargador Federal NEY FONSECA, TRF2 - PRIMEIRA TURMA, DJU - Data::26/03/2003 - Página::148.)

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. RECLASSIFICAÇÃO NA NCM. TEORIA DA CAUSA MADURA. 1. Writ que se destina a discutir a legalidade ou não do ato que determinou a retenção de mercadoria no curso do procedimento de importação, em virtude de dúvida quanto à classificação na NCM, a prescindir dilação probatória. 2. Teoria da causa madura. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (art. 515, § 3º, do CPC). 4. Não subsiste a negativa de liberação das mercadorias apreendidas pelo simples fato de a impetrante encontrar-se em débito com a União, que tem meios próprios (execução fiscal) para obter a satisfação da dívida, não lhe sendo permitido impedir o contribuinte de exercer a sua atividade econômica sob pena de sanção política, já rechaçada pelo STF em diversas ocasiões. Súmulas 323 e 547 do STF.

(AC 200572080045149, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, D.E. 09/09/2010.)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CPDEN. DÉBITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. Os débitos que obstem a emissão da CPDEN estão suspensos. A impetrante não tem débitos exigíveis que impeçam a emissão da certidão.

(TRF4 5027147-59.2013.404.7000, Primeira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria de Fátima Freitas Labarrère, juntado aos autos em 12/12/2013)

DIREITO ADUANEIRO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DA MERCADORIA PARA A COBRANÇA DE TRIBUTOS. SANÇÃO POLÍTICA. ILEGALIDADE.

1. Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que deferiu tutela de urgência em favor da ora Agravada, a fim de compelir o Fisco a abster-se de condicionar o regular desembaraço aduaneiro e a liberação dos veículos descritos na DI nº 11/1386991-9, ao recolhimento do tributo. 2. À autoridade administrativa dispõe de mecanismos próprios para a cobrança do tributo, de modo que não pode a mesma utilizar-se de sanções de qualquer espécie como meio coercitivo da cobrança de tributos - Súmulas 70, 323 e 547, do STF. 3. Correta a determinação do douto magistrado a quo de que a Administração Tributária se absteresse de condicionar o seqüenciamento do desembaraço aduaneiro ao recolhimento do IPI, sem prejuízo do lançamento dos créditos tributários pertinentes e da lavratura dos autos inflacionais que porventura se justificarem juridicamente. Agravo de Instrumento improvido.

(AG 00151939320114050000, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::18/10/2012 - Página::609.)

Verifica-se, assim, que somente a impetração de Mandado de Segurança ou a consolidação do entendimento pelo Judiciário de que a autoridade não pode assim proceder, não são suficientes para coibir as mais diversas sanções políticas acometidas.

Apenas a título de ilustração, ao meu ver, a mais nova sanção política que pretende a administração pública praticar e o que é o pior, chancelado pela Lei nº 12.767/2012, conversão da Medida Provisória nº 577/2012, que alterou a redação do art. 1º, da Lei nº 9.492/1997 é a possibilidade de protesto de Certidão de Dívida Ativa. Dispõe referido artigo:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)

É inegável a desproporcionalidade da norma. É inegável também o caráter arrecadatório da medida que se dá sem qualquer possibilidade de defesa do contribuinte, quando a Fazenda já tem os meios próprios – judiciais – para receber o crédito tributário pretensamente líquido, certo e exigível, sem necessitar ofender nenhuma cláusula constitucional.

De maneira pertinente, tem-se notícia pelo sítio⁴⁹ do E. Supremo Tribunal Federal que a CNI – Confederação Nacional da Indústria propôs a ADI sob o nº 5135, cujo relator é o Min. Roberto Barroso.

Afinal, vê-se que não há proporcionalidade nem razoabilidade, sendo os mais variados preceitos constitucionais violados. Assim, como meio de combate a esse tipo de conduta, cabe a interposição de ação de indenização por perdas e danos contra a entidade pública e seu agente, nos termos do quanto possibilita o art. 37 e seu § 6º⁵⁰, da Constituição Federal. Vale citar importante precedente emanado pelo E. Supremo Tribunal Federal:

⁴⁹ <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4588636>>

⁵⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

TRIBUTÁRIO - CONSULTA - INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS. Ocorrendo resposta a consulta feita pelo contribuinte e vindo a administração pública, via o fisco, a evoluir, impõe-se-lhe a responsabilidade por danos provocados pela observância do primitivo enfoque. (RE 131741, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/1996, DJ 24-05-1996 PP-17415 EMENT VOL-01829-02 PP-00243)

Enfim, é lamentável constatar que não resta ao contribuinte alternativa senão a interposição de mais e mais medidas judiciais visando afastar práticas abusivas e excessivas por parte da administração pública, sobrecarregando o Poder Judiciário.

PARTES

No tocante às partes, não há muita controvérsia com relação a legitimidade ativa. Na hipótese em que a sujeição ativa é dividida entre contribuinte substituto e contribuinte substituído, ambos têm legitimidade para impetrar o *mandamus*⁵¹. É, inclusive, o disposto na própria Lei nº 12.016/2009:

Art. 1º (...)

§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

A grande questão gira em torno da legitimidade passiva, ou seja, quem deve ser a autoridade coatora.

Autoridade Coatora é qualquer autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público⁵².

Nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 12.016/2009:

Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Há muito se discute sobre a correta indicação da autoridade coatora. Isto porque, muitas vezes sua identificação não é facilmente verificável.

A primeira discussão é se a impetração deve se dar contra a pessoa jurídica (ente público) ou contra a autoridade administrativa. O E. Superior Tribunal de Justiça já pontuou muito bem a questão e decidiu que a competente é a pessoa jurídica que deverá suportar o ônus da sentença, por ter interesse direto da causa. Vejamos.

⁵¹ Nesse sentido: CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 350.

⁵² MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 500.

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA.

1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental.

2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa.

3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator.

4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 547.235/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 237)

Como observa Cleide Previtalli Cais⁵³ outras três situações são responsáveis pelo maior número de questionamentos: (a) atos administrativos complexos; (b) atos emitidos por órgãos colegiados e (c) atos executados por uma autoridade, mas determinados por outra.

Explica ainda qual é a solução para referidas hipóteses. Nos atos administrativos complexos, a autoridade competente é aquela que pratica a formalidade do último ato. Nos atos emitidos por órgãos colegiados, o *writ* deve ser dirigido contra o Presidente do Colegiado. No último caso, quando atos são determinados por uma autoridade, mas executados por outra, cabe contra os dois ou contra aquela que determinou o ato.

Já José Eduardo Soares de Melo⁵⁴ entende:

“Nos atos complexos, o coator é a última autoridade que neles intervém para seu aperfeiçoamento, mas a jurisprudência tem exigido a notificação de todos os que participam do ato; nos atos compostos, o coator é a autoridade que pratica o ato principal; nos procedimentos administrativos, o coator é autoridade que preside a sua realização”.

⁵³ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 351.

⁵⁴ MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 271.

A questão é delicada e já causou danos aos contribuintes. Há cerca de uma década o E. Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento pacificado que o erro na indicação da autoridade coatora ensejava a extinção da ação, sem julgamento de mérito (art. 267, VI⁵⁵, do CPC), nos termos da ementa que segue:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.
2. Precedentes desta Corte e do c. STF no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante impede que o Juiz, agindo de ofício, venha a substituí-la por outra, alterando, assim, os sujeitos que compõem a relação processual.
3. Verificando-se a ilegitimidade passiva "ad causam" da autoridade apontada como coatora, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.
4. Recurso a que se nega provimento, para confirmar a extinção do processo.

(RMS 15.124/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 22/09/2003, p. 259)

Não obstante o entendimento suprafirmado, fato é que a extinção do *writ* sem julgamento do mérito em face de mera indicação errônea da autoridade coatora é pena onerosa demais ao contribuinte, ainda mais dada a característica dessa ação que é amparar lesão ou ameaça de lesão ou, ainda, abuso de direito.

Assim sendo e, em nome dos Princípios da efetividade e da economia processual e de muito apelo por parte da doutrina que requereu mais flexibilização⁵⁶, houve uma mudança de postura do E. Superior Tribunal de Justiça, que passou a admitir emendas à inicial ou correções singelas de ofício, justificando, ainda, que o escopo maior do Mandado de Segurança deve ser cumprido – proteger direito líquido e certo:

⁵⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10 e Marins, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 502.

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL APOSENTADO. AUTORIDADE COATORA. PRESIDENTE DO INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL DO MUNICÍPIO. EXECUTOR DE DECISÃO IMPOSITIVA E VINCULANTE DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DESSE ÚLTIMO.

1. É coberta de caráter impositivo e vinculante para a Administração a decisão do Tribunal de Contas que, julgando ilegal a concessão de aposentadoria, nega-lhe o registro e determina-lhe a cassação e, portanto, a parte legítima para figurar no pólo passivo do mandamus é a Corte de Contas e não a autoridade administrativa responsável pela execução do ato.

2. "[...] dada a essência constitucional do Mandado de Segurança, admite-se que o Julgador, em respeito aos princípios da economia processual e efetividade do processo, diante de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, proceda a pequenas correções ex officio, a fim de que o writ efetivamente cumpra seu escopo maior de proteção de direito líquido e certo." (RMS 24.217/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 10/11/2008.) 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1001910/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 29/06/2009)

A partir desse entendimento surge a teoria da encampação, onde a autoridade, superior hierarquicamente, apontada como coatora nos autos do Mandado de Segurança, ao prestar informações, não se limita a informar sua ilegitimidade passiva, adentrando no mérito da ação para defender o ato impugnado (encampando tal ato), o que acaba por torna-la legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo⁵⁷:

Seja como for, a indicação errônea da autoridade coatora não é causa para a extinção do Mandado de Segurança, sendo inteiramente suprida, quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança (...).

De qualquer sorte, o E. Superior Tribunal de Justiça⁵⁸ firmou entendimento de que tal teoria apenas se aplicava ao Mandado de Segurança se preenchidos três requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas e; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição.

⁵⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 352.

⁵⁸ STJ, MS 10.484/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2005, DJ 26/09/2005, p. 163.

Essa teoria ganha força e vem para evidenciar os avanços que doutrina e, principalmente, jurisprudência tiveram em razão da tortuosa questão de se determinar a correta autoridade coatora. Seguem algumas decisões do E. Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da teoria da encampação:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEFESA DO ATO PROMOVIDA PELA AUTORIDADE APONTADA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICABILIDADE. SÚMULA 83/STJ. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULAS 211/STJ E 280/STF.

1. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimatio ad causam passiva. Súmula 83/STJ.

2. A alegação de que a Teoria da Encampação não é aplicável ao caso em decorrência da modificação da competência jurisdicional não comporta conhecimento, porquanto ausente o prequestionamento da tese recursal (Súmula 211/STJ), além de demandar inafastável análise da legislação local para perquirir a competência funcional do Secretário de Estado da Fazenda do Maranhão, o que atrai a incidência da Súmula 280/STF. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 392.528/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013)

TRIBUTÁRIO – PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – DEFESA DO ATO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – APLICABILIDADE – DECISÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CASA – SÚMULA 83/STJ – ALEGAÇÃO DE QUE A RESOLUÇÃO INSS N. 45/2000 PODE AFASTAR O ARGUMENTO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO HIERÁRQUICA – IMPOSSIBILIDADE.

1. Impossibilidade desta Corte afastar o argumento do Tribunal de origem de existência de hierarquia entre órgãos do INSS, com base em norma interna.

2. Requisitos necessários à aplicação da Teoria da Encampação presentes, conforme asseverado no acórdão atacado.

3. Jurisprudência pacífica desta Corte no mesmo sentido do Julgado do Tribunal a quo, gerando a incidência da Súmula 83/STJ.

4. Não cabe recurso especial por violação de portarias e a resoluções, pois impede o conhecimento do recurso especial a falta de indicação expressa do dispositivo legal tido por violado. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1127351/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI 1.533/51. SÚMULA 7/STJ.

1. Segundo a Teoria da Encampação, adotada por esta Corte, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que adentra o mérito da ação mandamental ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.

2. Aferir se há necessidade ou não de dilação probatória para configurar a presença do direito líquido e certo, enseja o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
3. Agravo regimental não-provido.
(AgRg no REsp 777.178/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 25/03/2009)

Sobre o tema – (i)legitimidade passiva – o que se viu foi um grande esforço doutrinário em esclarecer quais são as autoridades competentes para cada tipo de ato coator e, principalmente, tentar flexibilizar, ao máximo, as consequências de uma indicação errônea por parte do impetrante, evitando, assim, a extinção prematura do Mandado de Segurança, por ilegitimidade de parte, já que o que realmente importa é a defesa do direito líquido e certo.

MEDIDA LIMINAR

José Eduardo Soares de Melo⁵⁹ bem sintetiza o conceito de medida liminar:

“Medida Liminar é o despacho judicial proferido em razão do exame da petição inicial, suspendendo o ato que deu motivo ao pedido, ou impedindo a sua expedição (na situação omissiva), quando houver fundamento relevante, e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”.

A concessão de medida liminar tem previsão expressa na Lei nº 12.016/2009 desde que haja *“fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”*. É o que dispõe o art. 7º:

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

Do mencionado artigo abstraímos os dois requisitos fundamentais para a concessão de qualquer medida liminar em Mandado de Segurança: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito nada mais é do que a demonstração do direito líquido e certo, evidenciar qual é a lesão ou abuso de direito cometido pela autoridade coatora ou, se preventivo, qual é a ameaça iminente.

Nos dizeres do Professor Cássio Scarpinella Bueno⁶⁰ *“o impetrante deverá convencer o magistrado de que é portador das melhores razões que a parte contrária; que o ato coator é, ao que tudo indica, realmente abusivo ou ilegal”*.

⁵⁹ MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 283.

⁶⁰ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 64.

Já o *periculum in mora* ou perigo da demora seriam as razões de urgência para o provimento *in limine*, muitas vezes, *inaudita altera pars*, sob pena de ineficácia da medida, ou seja, de dano irreparável ou de difícil reparação para o contribuinte.

Como bem assenta Hugo de Brito Machado Segundo⁶¹ “*trata-se do risco de o impetrante sofrer dano que torne inócua a segurança, caso esta venha a ser ulteriormente concedida*”.

Concessão e restrições

Preenchidos cumulativamente os dois requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – a medida liminar deve ser deferida. Por óbvio, a presença em maior intensidade de um deles pode justificar o menor rigor quanto ao outro⁶².

Aqui, cabem apenas algumas ponderações acerca das restrições impostas pela Lei nº 12.016/2009.

A primeira refere-se a exigência de “*caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica*”, exigência esta contida na parte final do inciso III, do art. 7º⁶³, da referida Lei.

A justificativa está no problema da “irreversibilidade da medida” ou *periculum in mora* invertido. Quando a mesma existir e, em caráter excepcional, pode-se exigir alguma caução, desde que não se agride o “modelo constitucional do Mandado de Segurança” como assevera Cássio Scarpinella Bueno⁶⁴.

⁶¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 365.

⁶² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 366.

⁶³ Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

⁶⁴ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

O que não pode é ser pressuposto para qualquer concessão de medida liminar, porque se o for, haverá um verdadeiro *bis in idem*, já que a liminar por si só é uma causa de suspensão de exigibilidade (art. 151, IV, do CTN) como também o é o depósito do montante integral (art. 151, II, do CTN).

Na mesma linha é a entendimento externado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

I. "PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEI 1.533/51, ART. 7º, II.

Verificados os pressupostos inscritos no Art. 7º da Lei 1.533/51, impõe-se ao Juiz conceder a Segurança. Não é lícito - salvo em casos expressamente previstos em lei - subordinar a eficácia da medida liminar em Mandado de Segurança, a prestação de garantia." (REsp. 73.394/HUMBERTO)

II. PROCESSUAL - DEPÓSITO INIBITÓRIO DE EXIGIBILIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA - CAUÇÃO - GARANTIA DE LIMINAR (CTN ART. 151). As quantias eventualmente depositadas para garantir liminar em Mandado de Segurança não reverterem ao Fisco, em caso de ser denegada a Ordem. Alcance do Art. 151 do CTN.

(REsp 249.627/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/12/2000, DJ 19/03/2001, p. 75)

A segunda restrição refere-se a impossibilidade de se reconhecer a declaração do direito à compensação tributária por meio de medida liminar. É a regra do art. 7º, §2º, da Lei nº 12.016/2009:

"§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários (...)".

Procurou-se com essa redação estabelecer um diálogo com o art. 1º, §5º, da Lei nº 8.437/1992 e com o art. 170-A, do CTN que dispõe: *"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"*.

Sobre o tema existem duas Súmulas editadas pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

SÚMULA 213⁶⁵

O MANDADO DE SEGURANÇA CONSTITUI AÇÃO ADEQUADA PARA A DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.

⁶⁵ Data do Julgamento: 23/09/1998.

SÚMULA 212⁶⁶

A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO PODE SER DEFERIDA POR MEDIDA LIMINAR.

Portanto, pela legislação e jurisprudência sumulada ora colacionadas, vê-se que não há espaço algum para reconhecimento de compensação, por meio de medida liminar.

Em que pese a pá de cal sobre a questão quando se faz uma leitura conjunta do quanto disposto na norma infralegal e do que vem decidindo o Poder Judiciário, a doutrina não se aquietou. Inúmeros doutrinadores ainda asseveram a inconstitucionalidade dessa vedação.

Cássio Scarpinella Bueno⁶⁷ é severo em suas críticas:

“A análise desse rol, que, lamentavelmente não é exaustivo, revela que o §2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 não trouxe nada de novo para o ordenamento jurídico brasileiro. O que ele fez, contudo, foi apresentar “didaticamente” nítidas ofensas ao “modelo constitucional”, da mesma forma como nosso legislador tem feito ao longo de décadas em relação a questões que, quando reconhecido o direito do particular, têm aptidão para afetar as contas e orçamento públicos”.

José Eduardo Soares de Melo⁶⁸ acorda que: *“(...) 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.”*

Por fim, as demais restrições aqui não abordadas - *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* -, possuem a mesma motivação por parte da doutrina majoritária do quanto acima exposto, ou seja, são restrições impostas por

⁶⁶ Data do Julgamento: 11/05/2005.

⁶⁷ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-71.

⁶⁸ MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 287-288.

uma norma infralegal que ofendem a ordem constitucional estabelecida para o Mandado de Segurança.

Resta-nos aguardar o desfecho da ADI 4.296/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e distribuída em 14/09/2009 ao Min. Marco Aurélio, que questiona a constitucionalidade deste artigo.

Perempção e caducidade

Preceitua o art. 8º, da Lei nº 12.016/2009:

Art. 8º Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar **ex officio** ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Vicente Greco Filho⁶⁹ ao conceituar “perempção” e “caducidade” assim prescreve:

“Os termos “perempção” e “caducidade” são usados em diferentes sentidos no tempo, no espaço e no setor em que a ordem jurídica os utiliza. Assim, perempção no processo penal é diferente da perempção no sistema geral do processo civil, como são diferentes da perempção e caducidade em outros ramos do direito, em determinada época e em determinada legislação. Isso é tão variável que Allorio chegou a dizer que a única coisa que os termos têm em comum é o fato de serem usados para casos de extinção de alguma coisa”.

E completa⁷⁰ que para o art. 8º as expressões são utilizadas como sinônimos da perda de eficácia da medida liminar em Mandado de Segurança, ocorrendo tal situação quando o impetrante cria obstáculo ao normal andamento do processo ou deixa de promover, por mais de três dias, atos e diligências que lhe competirem.

⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

Cássio Scarpinella Bueno⁷¹ também se posiciona no mesmo sentido. O art. 8º não distingue o que é perempção ou caducidade e é melhor entendê-los como sinônimos.

O grande ponto é: qual é a relação entre a falta de impulso processual e a medida liminar anteriormente concedida? Nenhuma.

Assim, a inconstitucionalidade deste artigo também é patente. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno⁷²:

“Não há correlação sistemática entre a manutenção dos efeitos de uma anterior medida liminar e o “bom comportamento” processual do impetrante. Do mesmo modo que a concessão da medida não depende do comportamento processual do impetrante, a sua cassação não pode se relacionar àquele fato. O magistrado revogará ou cassará a medida liminar anteriormente concedida quando entender não estarem mais presentes os pressupostos que impõem a sua concessão (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009; v. n. 16, supra). Não, contudo, porque o impetrante deixou de promover o andamento do processo, na forma como lhe competia, como se a liminar fosse um prêmio a sua cassação uma sanção”.

É nítida a falta de relação entre o comportamento processual do impetrante e a concessão (ou revogação) da medida liminar. Se esta medida foi concedida é porque estavam presentes os seus requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e, somente se cessados estes, é que deve ser revogada.

Dessa forma, para o impetrante que cria obstáculos ao normal andamento do processo cabem outras sanções como o de aplicação de litigância de má-fé, excertos no art. 17, VI⁷³ e no art. 18, §2º⁷⁴, ambos do Código de Processo Civil.

⁷¹ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

⁷² SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85.

⁷³ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (...)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

⁷⁴ Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (...)

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

SENTENÇA

Nos termos do art. 162, §1º, do Código de Processo Civil, sentença “*é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*”.

Por ser o Mandado de Segurança uma ação com rito especial e, em razão do seu fundamento, a natureza da sentença concessiva de segurança é de ordem, de mandamento. Como bem explica Cleide Previtalli Cais⁷⁵:

A sentença concessiva da ordem em Mandado de Segurança é dotada de natureza mandamental, porque constitui, em síntese, uma ordem do juiz à autoridade impetrada, para praticar ou deixar de praticar algum ato. Assim, não pode ser qualificada como tipicamente declaratória, constitutiva ou condenatória, muito embora esses efeitos estejam presentes em maior ou em menor carga, em todas as sentenças.

Já a sentença denegatória do Mandado de Segurança pode ou abranger falta de algum dos pressupostos de admissibilidade, o que leva a extinção pelo art. 267, do Código de Processo Civil e faz apenas coisa julgada formal, com a consequente possibilidade de propor nova ação (art. 19⁷⁶, da Lei nº 12.016/2009) ou, se versar sobre o mérito da causa e produzir coisa julgada material, o que só poderá ser afastada pela interposição do competente recurso de apelação.

Nesse liame, foi proferida a Súmula 304, do E. Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA 304⁷⁷

DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA, NÃO FAZENDO COISA JULGADA CONTRA O IMPETRANTE, NÃO IMPEDE O USO DA AÇÃO PRÓPRIA.

⁷⁵ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 339.

⁷⁶ Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

⁷⁷ Sessão Plenária de 13/12/1963.

Fica a indagação: nesses casos, caso se opte por nova impetração de Mandado de Segurança, como ficaria o prazo de cento e vinte dias.

O prazo de 120 dias – efeito da sentença que julga decaído o direito

Estabelece o art. 23, da Lei nº 12.016/2009:

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

Conforme prescreve a Súmula 632, do E. Supremo Tribunal Federal o prazo fixado pelo mencionado art. 23 é decadencial. Senão vejamos.

SÚMULA 632⁷⁸

É CONSTITUCIONAL LEI QUE FIXA O PRAZO DE DECADÊNCIA PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

Ou seja, passado o prazo perde-se o direito de propor o *mandamus*. Esse dispositivo é um verdadeiro contrassenso. Vai na contramão da norma constitucional que prevê esse importante remédio constitucional.

Mais uma vez, muito embora a legislação e jurisprudência sumulada disponham pela constitucionalidade da existência desse prazo decadencial, a doutrina clama para ser ouvida. É inconstitucional.

Nesse sentido é o que expressou Cássio Scarpinella Bueno⁷⁹:

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.

Diante disso, nos mesmos termos que o art. 7º, o presente artigo também está sendo questionado pela ADI 4.296/DF, proposta pelo Conselho

⁷⁸ Sessão Plenária de 24/09/2003.

⁷⁹ SCARPINELLA BUENO, Cássio. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, distribuída em 14/09/2009 ao Min. Marco Aurélio.

Efeitos da coisa julgada - relações jurídicas continuativas

Os efeitos da sentença também merecem atenção quando o objeto do Mandado de Segurança refere-se à relação jurídica de trato continuado.

Cleide Previtalli Cais⁸⁰ bem coloca a problemática. Muito embora a sentença proferida em Mandado de Segurança que enfrente relação jurídica tributária de natureza continuativa tenha carga declaratória, como, ademais, toda sentença tem, cabe indagar se nessa hipótese a sentença seria normativa, ou seja, se alcançaria fatos geradores futuros.

A resposta parece ser simples se observado o teor da Súmula 239, exarada pelo E. Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA 239⁸¹

DECISÃO QUE DECLARA INDEVIDA A COBRANÇA DO IMPOSTO EM DETERMINADO EXERCÍCIO NÃO FAZ COISA JULGADA EM RELAÇÃO AOS POSTERIORES.

Mas não o é. A doutrina não é unânime.

Tércio Sampaio Ferraz Junior⁸² acredita que somente para os tributos diretos é que caberia a incidência da Súmula. Para os tributos indiretos, se o que se discute é a exigibilidade da norma, os efeitos da coisa julgada não teriam limitação temporal, apenas sujeita a revisão se modificado o estado de fato ou de direito, nos termos do art. 471, I⁸³, do Código de Processo Civil.

⁸⁰ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 342.

⁸¹ Sessão Plenária de 13/12/1963.

⁸² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990, p. 41-51.

⁸³ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Já para Cleide Previtalli Cais⁸⁴ não há distinção entre tributos diretos e indiretos. Se se tratar de relação jurídica tributária de natureza continuativa (leia-se: a exigência de uma espécie tributária que projeta seus efeitos para o futuro, nos contornos delineados pela lei que a instituiu, fixando vencimentos que se darão no futuro), o efeito declaratório da sentença projeta-se nos futuros vencimentos do tributo, impedindo sua exigência nos termos em que veiculada.

James Marins⁸⁵, de forma clara e sucinta assegura “(...) *enquanto persistir a lesão está protegido o contribuinte pelos efeitos da coisa julgada, que só será modificada se houver alterações de fato ou de direito que vulnerem a coisa julgada*”.

Hugo de Brito Machado Segundo⁸⁶ ressalta que há entendimento contrário ao seu, mas afirma “*Tendo o caso concreto as mesmas características apreciadas em juízo, e sendo o direito aplicável o mesmo apreciado em juízo, os efeitos da coisa julgada perduram.*”

Mesmo que com muita moderação, se vê algumas decisões judiciais pelo reconhecimento das relações jurídicas continuativas, sem ofensa da coisa julgada. É o que se depreende da ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA.

SENTENÇA QUE DECLARA A INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, COM BASE NO RECONHECIMENTO, INCIDENTER TANTUM, DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88. EDIÇÃO DA LEI 7.856/89. ALTERAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO. CESSAÇÃO DA FORÇA VINCULATIVA DA COISA JULGADA.

1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

⁸⁴ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 344-345.

⁸⁵ MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 536.

⁸⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 386.

2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF.

3. Todavia, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

4. No caso presente: houve sentença que, bem ou mal, fez juízo a respeito, não de uma relação tributária isolada, nascida de um específico fato gerador, mas de uma situação jurídica mais ampla, de trato sucessivo, desobrigando as impetrantes de se sujeitar ao recolhimento da contribuição prevista na Lei 7.689/88, considerada inconstitucional. Todavia, o quadro normativo foi alterado pelas Leis 7.856/89, 8.034/90 e 8.212/91, cujas disposições não foram, nem poderiam ser, apreciadas pelo provimento anterior transitado em julgado, caracterizando alteração no quadro normativo capaz de fazer cessar sua eficácia vinculante.

5. Recurso especial provido.

(STJ, AgRg no REsp 703.526/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 19/09/2005, p. 209)

Nos parece que essa é a melhor solução. A análise de caso a caso, sempre analisando o que foi requerido pelo impetrante e, se no tempo, há alguma alteração de fato ou de direito. Se não houver, não há ofensa a coisa julgada, já que se tratam apenas de fatos geradores futuros do mesmo ato impugnado.

RECURSOS

Estão expressamente previstos os seguintes recursos na Lei nº 12.016/2009:

- Nos termos do art. 7º, § 1º, cabe agravo de instrumento em caso de concessão ou denegação de medida liminar⁸⁷.

⁸⁷ Aqui cabe lembrar que nem sempre foi pacífico o entendimento acerca do cabimento do agravo de instrumento em Mandado de Segurança. O E. Tribunal de Justiça entendia que esse tipo de ação não comportava incidentes processuais, entendimento hoje superado pela própria redação do art. 7º, §1º, da Lei nº 12.016/2009. Seguem algumas ementas de julgados anteriores a vigência da Lei:

0152214-98.2008.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Mandado De Segurança

Relator(a): Vera Angrisani

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 09/12/2008

Data de registro: 30/12/2008

Outros números: 008.26.529550-0

Ementa: *AGRAVO DE INSTRUMENTO*. Interposição contra indeferimento de liminar em ação mandamental. Inadmissibilidade. Procedimento que tem sistema recursal próprio, não comportando incidentes processuais que lhe retirem a feição de remédio constitucional célere e eficaz. Recurso não conhecido.

0156464-77.2008.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Mandado De Segurança

Relator(a): Décio Notarangeli

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 10/12/2008

Data de registro: 29/12/2008

Outros números: 008.47.973540-0

Ementa: *MANDADO DE SEGURANÇA* - Liminar - Indeferimento - Ausência de previsão legal específica de cabimento de agravo de instrumento - Ação mandamental de rito especial, célere e concentrado, incompatível com o rito comum do agravo de instrumento - Precedentes do Colendo STJ - Ausência de elementos que evidenciem a existência de ilegalidade ou abuso de poder por parte do magistrado - Recurso não conhecido.

0006370-54.2007.8.26.0000 Agravo Regimental / Atos Administrativos

Relator(a): Luiz Tâmbara

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 12/11/2008

Data de registro: 17/12/2008

Outros números: 001.51.451070-1

Ementa: *Direito Processual Civil*- Mandado de Segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça.- Liminar.- Indeferimento.- Agravo Regimental.- Não cabe recurso contra decisão que concede ou denega liminar, em Mandado de Segurança.- O Mandado de Segurança não comporta incidentes que lhe retirem a feição de remédio constitucional pronto, rápido e eficaz.- Idênticos fundamentos adotados para a edição da Súmula nº S97 do Excetso Supremo Tribunal Federal e Súmula nº 169 do Colendo STJ.- Agravo não conhecido.

- Nos termos do art. 10, §1º, cabe agravo interno, se o Mandado de Segurança é de competência originária do Tribunal, contra decisão singular do relator que indefira a inicial.
- Nos termos do art. 16, parágrafo único, cabe agravo interno da decisão do relator que conceda ou denegue a medida liminar.
- Nos termos do art. 15, *caput*, cabe agravo interno contra decisão do Presidente do Tribunal que suspende a execução da liminar da sentença.
- Nos termos do art. 18, cabe recurso especial e extraordinário das decisões proferidas em única instância ou nos casos legalmente previstos e recurso ordinário quando, em caso de competência originária do Tribunal, a ordem for denegada.
- Nos termos do arts. 10, §1º e 14, cabe apelação do indeferimento inicial ou da sentença que denegue ou conceda a segurança.

É de se notar também a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição (art. 14, §1º⁸⁸, da Lei nº 12.016/2009).

O ponto polêmico refere-se aos efeitos em que deve ser recebido o recurso de apelação. E mais. Se recebido com efeito suspensivo, se tem o condão de restabelecer os efeitos da liminar ou não.

O regular efeito da apelação em Mandado de Segurança é somente o devolutivo. O norte foi dado em atenção à Súmula 405, do E. Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA 405⁸⁹

DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.

⁸⁸ Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

⁸⁹ Sessão Plenária de 01/06/1964.

Apenas se demonstrado dano irreparável ou de difícil reparação é que também se poderá conceder o efeito suspensivo. É o entendimento exarado pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

Avançando na questão, se recebido o recurso de apelação em duplo efeito, a liminar fica restaurada?

James Marins⁹⁰ entende ser mais adequado o entendimento que a interpretação teleológica do art. 558 do Código de Processo Civil, deve sim, conduzir a possibilidade de que o Tribunal, com base nesse dispositivo, mantenha a liminar até o julgamento da apelação.

Acrescenta, ainda, que para os que não se alinham a esse argumento, após a interposição da apelação, cabe a interposição de Medida Cautelar ao juízo *ad quem*, nos termos do art. 800, do Código de Processo Civil, também visando o restabelecimento da liminar, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

⁹⁰MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 533.

Entretanto, mais uma vez, a doutrina diverge da jurisprudência sumulada. A Súmula 405, do E. Supremo Tribunal Federal estabelece:

SÚMULA 405⁹¹

DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA PELA SENTENÇA, OU NO JULGAMENTO DO AGRAVO, DELA INTERPOSTO, FICA SEM EFEITO A LIMINAR CONCEDIDA, RETROAGINDO OS EFEITOS DA DECISÃO CONTRÁRIA.

Assim, pela aplicação do entendimento sumular, não há restabelecimento da medida liminar anteriormente concedida. Apesar de esparsas, ainda há quem decida em consonância com o entendimento doutrinário e, principalmente, embasado no espírito constitucional que rege o Mandado de Segurança:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIMINAR. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. RESTABELECIMENTO DOS EFEITOS DA LIMINAR. ADMISSIBILIDADE NA HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL A QUO CONSIDERA PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA.

Na hipótese em que o Tribunal a quo entende presentes os pressupostos do fumus boni iuris e o periculum in mora, consideradas a relevância do fundamento e a possibilidade de lesão de difícil reparação, é admissível, excepcionalmente, dar efeito suspensivo à apelação interposta contra decisão denegatória de segurança, para restabelecer liminar anteriormente concedida.

Recurso improvido.

(REsp 422.587/RJ, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2002, DJ 28/10/2002, p. 241)

Por fim, apenas cabe ressaltar que não cabem embargos infringentes do acórdão não unânime que reforme sentença de mérito (art. 25, da Lei nº 12.016/2009), em homenagem às Súmulas 169, do Superior Tribunal de Justiça e 597, do Supremo Tribunal Federal, mas apenas recursos diretos ao E. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que assim prescrevem:

SÚMULA 169⁹²

SÃO INADMISSÍVEIS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

SÚMULA 597⁹³

⁹¹ Sessão Plenária de 01/06/1964.

⁹² Data do Julgamento: 16/10/1996.

NÃO CABEM EMBARGOS INFRINGENTES DE ACÓRDÃO QUE, EM MANDADO DE SEGURANÇA DECIDIU, POR MAIORIA DE VOTOS, A APELAÇÃO.

Mais uma vez, se verifica a legislação ordinária normatizando entendimento sumulado ultrapassado.

A amplitude do Mandado de Segurança é, portanto, infinitamente maior do que essa restrição imposta – de não cabimento de embargos infringentes. No momento em que existe uma ação, devidamente alocada no capítulo “dos direitos e garantias individuais” do texto constitucional, como o é o Mandado de Segurança, não deve existir nenhum incidente processual incompatível com a finalidade e com os objetivos previstos pelo legislador constituinte.

⁹³ Sessão Plenária de 15/12/1976.

CONCLUSÃO

Como sabiamente asseverado pela saudosa Cleide Previtalli Cais⁹⁴ “o mandado de segurança é o ponto alto da criatividade jurídica brasileira no campo do direito público”.

E, como toda norma, passa por evoluções para se adequar no tempo. No caso, essa criação brasileira, regulada em 1936, pelo Presidente Getúlio Vargas, sem sombra de dúvidas, trouxe muitos benefícios à preservação dos direitos e garantias individuais, por ser célere e eficaz.

Nas palavras de Celso Agrícola Barbi citado por Cássio Scarpinella Bueno⁹⁵, em comemoração aos 50 anos da existência do Mandado de Segurança:

“(...) Esse mandado de segurança, que pareceu tão pequenino, no início, já se desenvolveu muito e vai ainda desenvolver-se tanto, que é preciso sempre estarmos comemorando, como neste cinquentenário, qualquer outra data que se refira a ele. E sempre procurando desenvolver, cada vez mais, o instituto e ampliar a sua aplicação, porque, sem dúvida nenhuma, é a maior criação jurídica brasileira dos presentes tempos e talvez até do século. Em temas de defesa do cidadão, que é grande problema universal, é um instituto excelente e que fez por nós mais do que duzentos ou trezentos anos de Processo Civil comum”.

Muito já se escreveu sobre o Mandado de Segurança. É uma ação sempre em evidência, de suma importância para o ordenamento jurídico, por tutelar direitos claramente lesionados ou ameaçados, com grande celeridade.

O presente estudo procurou evidenciar, dessa forma, dois aspectos relevantes: um de ordem material, qual seja, as sanções políticas e, outro de ordem processual, ou seja, onde a Lei nº 12.016/2009 ainda falta avançar para que o Mandado de Segurança (processo) possa atingir a sua finalidade com total plenitude, sem chocar com nenhum mandamento constitucional.

⁹⁴ CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 296.

⁹⁵ *Apud* Cassio Scarpinella Bueno. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221.223.

Primeiro, com o estudo da problemática das sanções políticas, verificou-se o quão desarrazoada é a limitação da regular atividade econômica do contribuinte numa tentativa inconstitucional e ilegal de alguns agentes do Poder Público de promover a cobrança célere de tributos.

Exceto os casos previstos no Código Tributário Nacional, descritos de forma taxativa (art. 191 e seguintes), qualquer outro tipo de exigência prévia de tributo é desproporcional e inconstitucional. Vários casos de privação do direito de ir e vir e do direito de exercer a atividade econômica desatrelado do (in)adimplemento de tributos foram abordados.

Demonstrou-se que há muito tempo o Judiciário vem tentando coibir esse tipo de arbitrariedade, tendo, inclusive, editado 3 Súmulas sobre a questão: as de nº 70, 323 e 547.

Mesmo assim, não há pudor de alguns Agentes Públicos que continuam cometendo as mesmas ilegalidades, o que, mostra plenamente cabível a impetração de Mandado de Segurança e, em alguns casos, até a interposição de indenização por perdas e danos contra a Administração Pública.

Segundo, na parte processual, verificou-se a existência de alguns pontos polêmicos quando da análise das disposições da Lei nº 12.016/2009 à luz do texto constitucional e da consequente finalidade maior do Mandado de Segurança: proteger direito líquido e certo lesionado ou ameaçado. Destacamos:

- Se o direito líquido e certo é mérito ou condição da ação, questão importante para se definir a coisa julgada material ou formal;
- Se cabe Mandado de Segurança se o recurso não tem efeito suspensivo;

- Se a autoridade coatora indicada de forma errada enseja a extinção do processo sem resolução do mérito e a teoria da encampação;
- Se pode ser exigido do Impetrante depósito judicial para concessão de medida liminar;
- Se é válida a restrição de concessão de medida liminar em caso de compensação tributária;
- Se a perempção e caducidade podem ensejar a revogação da medida liminar;
- Se o prazo decadencial de 120 dias é constitucional;
- Se os efeitos da sentença podem atingir fatos geradores futuros;
- Se os efeitos da apelação restabelecem os efeitos da medida liminar e;
- Se os embargos infringentes são (in)admissíveis.

A pretensão não foi o de esgotar nenhum tema, mas tão somente o de pincelar as necessidades mais urgentes de adequação.

Detectou-se com o presente estudo a normatização em massa - pela Lei nº 12.016/2009 - de Súmulas (antigas) existentes sobre o tema Mandado de Segurança, mesmo sendo muitas delas objeto de severas críticas, críticas estas muito bem fundamentadas pela doutrina atual.

Assim, ainda hoje, há nítido descompasso entre entendimento doutrinário e jurisprudencial, sendo de suma importância e urgência a uniformização de pensamentos. É tamanho o desafino que algumas questões acabaram por ser levadas a discussão em Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹⁶.

Portanto, o presente trabalho buscou trazer reflexões sobre um tema de muito interesse aos contribuintes, tendo em vista a vinculação da matéria

⁹⁶ ADIs nºs 4.296 e 5.135.

tributária com o desenvolvimento do país, a proteção de direitos e garantias individuais e a liberdade de empreender.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 3ª ed., rev., aum. e atual. de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança (individual e coletivo) — aspectos polêmicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 25ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: (administrativo e judicial). 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELO, José Eduardo Soares de. Dicionário de Direito Tributário Material e Processual. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Mandado de Segurança: comentários às Leis ns. 1533/1951, 4.348/1964 e 5.021/1966. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A nova Lei do Mandado de Segurança. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. rev. atual até Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

XAVIER, Alberto. Princípios do Processo administrativo e judicial tributário. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Sites consultados:

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.tjsp.jus.br

www.trf2.jus.br

www.trf3.jus.br

www.trf4.jus.br

www.trf5.jus.br

ANEXO

ADI 4.296/DF

ADI 5.135/DF



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

14/09/2009 17:37 114761



“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido (...). A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentre dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. (...) Onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curva-se à última, e não à primeira”¹

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB, por seu Presidente, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária tomada nos autos do processo nº 2009.18.06502-01 – Conselho Pleno (certidão anexa), propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO CAUTELAR

¹ Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist Papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981. O *Federalista* n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, p. 226 e s..



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

em face d a) **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; b) **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; c) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes; todos órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração da **Lei nº 12.016, de 07/08/2009, publicada no Diário Oficial da União em 10/08/2009**, pelos seguintes fundamentos:

1 - DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO:

A Lei nº 12.016/2009 disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, e dá outras providências. Eis o seu teor dos dispositivos ora questionados, conforme negrito:

“Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

(...)

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

(...)

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

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

(...)

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

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

(...)

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

(...) (Grifos não constantes do original).

Ao disciplinar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança, individual e coletivo, o legislador não preservou a amplitude da ação de natureza constitucional, tendo o ato normativo ora impugnado, pois, violado a Constituição Federal, na medida em que o apequenou por razões meramente de proteção ao poder público e de suas autoridades.

O diploma legal recém editado, com todo respeito, estabeleceu severas limitações para o uso de um instituto essencial para a proteção dos direitos individuais e coletivos, daí por que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparece ao guardião da Carta Magna, para impugnar alguns dispositivos da Lei nº 12.016/2009, como adiante será demonstrado.

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos normativos combatidos.

2 - FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Como se sabe, o Mandado de Segurança é um remédio constitucional de proteção da pessoa física ou jurídica contra atos ilegais ou arbitrários do poder público, cujas origens se assemelham com o 'mandamus' Inglês, o 'writ' Norte-americano e com o 'juicio de amparo' Mexicano.

Sua previsão no ordenamento jurídico nacional nasceu com a Constituição de 16 de julho de 1934, art. 113, nº 33, e desde então sempre possuiu *status* constitucional, excetuando-se a Carta do Estado Novo de 1937.

Doutrina e jurisprudência sempre o defenderam no sentido de máxima eficácia, não devendo sofrer amesquinamento por parte da legislação, na expressão do inciso LXIX do art. 5º da Carta Magna como direito e garantia fundamental.

Hely Lopes Meireles o define como 'meio constitucional posto a disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça'², enquanto que Alfredo Buzaid apontava que sua 'característica fundamental consiste na possibilidade de compelir a autoridade pública a praticar ou deixar de praticar algum ato'³.

Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Melo (Ato Coator, Mandado de Segurança, Porto Alegre, 1986), o Mandado de Segurança tem '*cunho específico constitucional de realização completa ou de proteção completa de objetivos transfundidos no Estado de Direito.*'.

Tal definição, é natural, decorre do reconhecimento que direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração, daí a Constituição Federal o prever como remédio cuja tutela não seja amparada por habeas corpus e habeas data.

² MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – 'Habeas Data' – 27ª ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2004.

³ BUZAID, Alfredo. Do Mandado de Segurança, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1989.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Como chegou a anotar a respeito do mandado de segurança, tal como previsto pela Constituição de 1988, o Professor José Carlos Barbosa Moreira⁴, “... agora, embora conservando a sua função de garantia aplicável à defesa dos direitos individuais, o mandado de segurança vê ampliada, alargada, a sua fisionomia, para abranger também a figura nova do mandado de segurança coletivo, destinado à proteção já não mais de direitos pertencentes a esta ou aquela pessoa, a este ou aquele indivíduo, senão de direitos pertencentes à coletividade”.

Além disso, e considerando a sedimentação do entendimento acerca da supremacia da Constituição Federal, e dos remédios constitucionais nela previstos, relembre-se as palavras do Eminentíssimo Min. Carlos Velloso em brilhante conferência proferida em Paris no Colloque ‘La Nouvelle Republique’, reproduzido pela Revista de Direito Público (nº 92, p. 43 e SS), a saber:

“(...)”

O princípio da supremacia da Constituição constitui, segundo Pinto Ferreira, o alicerce ‘em que se assenta o edifício do moderno direito político’.

É que as normas constitucionais põem-se acima das demais normas jurídicas, e essa preeminência é que vai constituir o princípio da supremacia ou da superioridade da Constituição.

‘Na verdade’ – leciona Pinto Ferreira – ‘todas as Constituições sejam elas rígidas ou flexíveis, escritas ou costumeiras, estão dotadas dessa preeminência diante da vida jurídica do país. (Controle da Constitucionalidade da Constituição Brasileira de 1988).

(...)”

Tem o ‘writ’, pois, dignidade superior, a ele não se podendo conferir tratamento legal que não seja mesuroso a essa sua especial posição e qualidade, razão pela qual a Lei 12.016/2009 tem natureza claramente restritiva dos efeitos de norma constitucional que, por disponibilizar instrumento indispensável à garantia de direitos dos individuais e coletivos, há de possuir eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Impõe-se, como é de farta sabença, exegese lógico-sistemática que prestigie o texto constitucional e que lhe confira a máxima eficácia, de modo a proteger as garantias dos cidadãos e da coletividade contra o uso desmedido do poder. A Lei 12.016/2009 – que é lei ordinária – fez exatamente o contrário: restringiu o uso, em

⁴ Palestra proferida, em seminário sobre Mandado de Segurança. Realizado, em 1994, em homenagem ao Professor Celso Agrícola Barbi (transformada em artigo publicado no livro “Mandado de Segurança”, Ed. Del Rey, BH, 1996, ps. 73 a 89).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

muitas de suas dimensões, de instituto de natureza constitucional e manejável exatamente contra atos ilegais e abusivos da autoridade pública.

É dizer, em outras palavras, a supremacia da Constituição Federal sobre o restante do ordenamento jurídico, de modo que as leis que dela emanam lhe devem obediência, sendo imperioso impedir a eficácia de alguns dos dispositivos da Lei nº 12.016/2009, vez que tais preceitos destoam flagrantemente do mandamento constitucional, vejamos:

2.1 - DA INCOMPATIBILIDADE DO § 2º DO ART. 1º - ATOS DE GESTÃO:

A Constituição Federal, ao discorrer sobre as hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança, não delimitou seu foco de abrangência, só restringindo sua utilização às hipóteses em que o ato de autoridade não seja atacado por meio de habeas corpus e habeas data, não cabendo ao legislador o fazê-lo, sob pena de retirar do comando constitucional a máxima eficácia do dispositivo. Eis seu inteiro teor:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para 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;

No entanto, o § 2º do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, abaixo transcrito, prevê o não cabimento do remédio constitucional contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público, o que nos afigura inconstitucional por ter o legislador restringido, sem a devida razoabilidade, a possibilidade de utilização dessa via heróica.

§ 2o Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Ora, o texto constitucional assegura o cabimento de mandado de segurança como instrumento de ataque contra atos ou condutas ilegais atribuídas ao poder público, tendo tal expressão sentido amplo e abrange tanto os atos e condutas atribuídos a autoridade pública, ou seja, aquelas pessoas investidas diretamente em função pública, quanto a atos e condutas de agentes de pessoas jurídicas, ainda que privadas, com função delegada, isto é, no exercício de funções que originariamente pertencem ao poder público.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Não se desconhece que tanto a doutrina quanto a jurisprudência distinguem bem, há tempos, esses atos, editados que são na esfera da mera administração privada de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou de concessionárias de serviço público.

De ver, todavia, que podem existir hipóteses em que essa mera “gestão privada” pode importar a prática de atos claramente abusivos ou ilegais, ofensivos, por exemplo, de direitos e interesses da comunidade administrada. Revela-se, assim, como meio de limitação ao exercício da autoridade pública, assegurando-se sua utilização em termos amplos contra os atos ilegais ou abusivos, cuja natureza mandamental destina-se à obtenção de provimentos jurisdicionais declaratórios ou constitutivos negativos ou positivos.

Com efeito, o constituinte limitou o cabimento do mandado de segurança às hipóteses de ‘abuso de poder’ e ‘ilegalidade’, e às situações não amparadas por habeas corpus ou habeas data, não fazendo quaisquer distinções acerca da natureza do ato da autoridade pública, se administrativo ou de gestão comercial, descabendo ao dispositivo indicado restringir o campo de incidência do remédio constitucional se a Carta da República assim não o fez.

Isso porque a impetração destina-se a atacar a ação ou omissão que configurem ilegalidade ou abuso de poder, cuja tutela jurisdicional objetiva proteger não apenas os casos de vício do exercício da competência vinculada, mas, também, no caso de defeito no desempenho da competência discricionária.

O núcleo tangível, desse modo, reside na ilegalidade ou abusividade do ato de autoridade, desimportando para o Constituinte outras considerações acerca da natureza do ato, ou seja, se administrativo ou de gestão comercial, donde se conclui a impossibilidade da lei estabelecer restrição que a Carta Maior assim não o previu.

Em verdade, descabe ao legislador estipular outras limitações que o dispositivo constitucional não consignou, posto que o inciso LXIX do art. 5º, da CF/88, apenas restringiu as hipóteses de cabimento quando a medida não for amparável por habeas corpus ou habeas data, falecendo competência ao legislador ao estampar hipótese limitação da via heróica.

Esse C. STF, inclusive, já assentou que:

"Mandado de segurança. Habeas data. CF, art. 5º, LXIX e LXXII. Lei 9.507/97, art. 7º, I. O habeas data tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

administrativo (CF, art. 5º, LXXII, a e b). No caso, visa a segurança ao fornecimento ao impetrante da identidade dos autores de agressões e denúncias que lhe foram feitas. A segurança, em tal caso, é meio adequado. Precedente do STF: MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso, Plenário, 3-12-03, DJ de 23-4-04." (RMS 24.617, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-5-05, 2ª Turma, DJ de 10-6-05)

"Com a cessação, em 1926, da doutrina brasileira do habeas corpus, a destinação constitucional do remédio heróico restringiu-se, no campo de sua específica projeção, ao plano da estreita tutela da imediata liberdade física de ir, vir e permanecer dos indivíduos, pertencendo, residualmente, ao âmbito do mandado de segurança, a tutela jurisdicional contra ofensas que desrespeitem os demais direitos líquidos e certos, mesmo quando tais situações de ilicitude ou de abuso de poder venham a afetar, ainda que obliquamente, a liberdade de locomoção física das pessoas. O remédio constitucional do habeas corpus, em consequência, não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim (a proteção da relação de confidencialidade entre Advogado e cliente, no caso), não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do habeas corpus, cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Doutrina. Precedentes." (HC 83.966-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-04, 1ª Turma, DJ de 25-11-05) (grifo não constante do original).

Veja-se, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça – STJ já reconheceu o cabimento de mandado de segurança contra ato de gerente regional de concessionária de energia elétrica, como consta no RESP 457.716/MT:

Processo: REsp 457716 / MT - RECURSO ESPECIAL - 2002/0100494-3

Relator(a): Ministro FRANCIULLI NETTO (1117)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 10/06/2003

Data da Publicação/Fonte: DJ 08/09/2003 p. 291

Ementa

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS “A” E “C” – ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA –



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE REPRESENTANTE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

É consabido que a concessão consiste na delegação da prestação do serviço público pelo poder concedente, mediante licitação, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para o desempenho da atividade (art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95).

A empresa concessionária exerce, portanto, atividade tipicamente estatal, pelo que se entende legítima a impugnação de ato praticado por seus representantes por meio de mandado de segurança. Iterativos precedentes. Divergência jurisprudencial notória. Recurso especial provido.

Acórdão: *Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.*

O legislador, assim, não podia restringir as hipóteses de cabimento do mandado de segurança quando a Constituição Federal assim não o fez, de modo que tal limitação revela-se inconstitucional e incompatível com a Carta Maior.

É bem verdade, por outro lado, que a jurisprudência desse C. STF já se consolidou acerca do **não** cabimento de mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266), decisão judicial passível de recurso ou correção (Súmula 267), bem assim contra a coisa julgada (Súmula 268), não sendo a via heróica substituto de ação de cobrança (Súmula 269) ou, ainda, instrumento adequado contra atos ‘interna corporis’, dentre outras, ‘ex vi’, Súmulas nº 101, 270, 271, 625 e 632.

Todavia, **em momento algum pode o legislador introduzir assuntos que limitam a eficácia máxima da ação mandamental**, sobretudo porque retira do campo de atuação do Poder Judiciária a possibilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito quando se trata de atos de gestão comercial.

A natureza mandamental desse instrumento justifica a produção da suspensão imediata dos efeitos do ato atacado ou a emissão de ordem liminar de outra natureza, sempre que a demora até o proferimento da decisão final der oportunidade à consumação de danos irreparáveis ou de difícil reparação, daí a impossibilidade de limitação do campo de abrangência da via heróica.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O dispositivo em foco, assim, ofende a literalidade do art. 5º, LXIX, ao obstar o conteúdo protetivo da ação mandamental, limitando, pois, a eficácia máxima do remédio heróico.

Igualmente, retira da independência e autonomia do Poder Judiciário a possibilidade de conhecimento de lesão ou ameaça a direitos decorrentes de atos de gestão comercial, o que importa em vulneração aos artigos 2º e 5º, XXXV, da Carta da República.

O Poder Executivo, ao editar a combatida Lei nº 12.016/09, art. 1º, § 2º, intrometeu-se na forma processual de agir do Poder Judiciário, retirando dele a possibilidade de controle judicial de atos do poder público, tidos como ilegais ou abusivos, notadamente porque cabe ao mesmo exercer a jurisdição de forma plena, na concepção de que esta consiste no poder de dizer o direito aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com força institucional do Estado.

É valiosa, pois, a manifestação do Eminentíssimo Min. Celso de Melo, a saber:

"Mandado de segurança – Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República – Demissão qualificada – Admissibilidade do mandado de segurança – Preliminar rejeitada – Processo administrativo-disciplinar – Garantia do contraditório e da plenitude de defesa – Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial – Validade do ato demissório – Segurança denegada. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo. O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse writ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública." (MS 20.999, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-3-90, Plenário, DJ de 25-5-90)

Ao cercear, portanto, a possibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, dos atos de gestão comercial a que se refere o dispositivo, é indubitosa a inconstitucionalidade perpetrada, mote pelo qual o Poder Executivo quedou a harmonia e independência entre os Poderes.

Imperioso, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 1º, impondo, de consequência, a suspensão de sua eficácia.

Alternativamente, e considerando que o Estado publiciza tudo o que toca, é certo que os dirigentes de uma sociedade de economia mista, que fazem as vezes da autoridade, lidam com recursos que não são só privados e, neste caso, vê-se necessário que a Suprema Corte dê ao dispositivo, ao menos, interpretação compatível com a Lei Suprema, de modo a declarar a sua inconstitucionalidade sem redução de texto.

2.2 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ART. 7º - EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO, FIANÇA OU DEPÓSITO:

Com efeito, o dispositivo em tela, abaixo transcrito, faculta ao Juiz condicionar o deferimento da liminar, exigindo, do impetrante, caução, fiança ou depósito com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica, previsão essa não contida na anterior Lei nº 1.533/51.

Art. 7o Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. O. F.

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Não obstante certa discussão sobre tal exigência no âmbito da doutrina e da jurisprudência, o fato é que mais uma vez o legislador inovou onde a Carta da República nada dispôs, considerando, sobretudo, a natureza constitucional e mandamental dessa via protetiva.

Tal disposição é dotada de evidente inconstitucionalidade, posto que limita a capacidade postulatória aos mais dotados econômica e financeiramente, sendo imperioso lembrar, aliás, que conceder liminares, uma vez satisfeitos os requisitos legais, é obrigação do magistrado, não mera faculdade sua!

O eminente Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, respaldado em expressivos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sempre defendeu a inadmissibilidade de exigência de caução para fins de concessão da liminar⁵, o que foi igualmente defendido por CASSIO SCARPINELLA BUENO⁶.

A questão nodal, assim, reside na premissa de que a exigência de caução, fiança ou depósito, minimiza e amesquinha o postulado constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), porquanto o direito à tutela efetiva e à proteção adequada são universalmente reconhecidos.

É dizer, de outro modo, **que basta a relevância do fundamento e o risco de prejuízo irreparável**, cabendo ao Poder Judiciário a salvaguarda do direito líquido e certo do impetrante e sem criar um verdadeiro ‘apartheid’ social, conforme consta:

Presentes os pressupostos da liminar, o juiz é obrigado a concedê-la, vedada a imposição de caução, como já decidiu inúmeras vezes o Superior Tribunal de Justiça, pois a imposição de realização de depósito implica no indeferimento da liminar (RMS 3042-8/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, RDR 2/184; RESP 47818/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 15.6.98, p.99).

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal⁷, em valiosa contribuição para o tema, assentou que:

⁵ Manual do Mandado de Segurança, 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, PP. 129/131.

⁶ Mandado de Segurança, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, PP. 99/100, nº 10.

⁷ BUENO VIDIGAL, Luis Eulalio de. Mandado de Segurança. São Paulo: 1953.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“Um remédio que cabe ao particular para anular as medidas de execução, possessórias ou acautelatórias, que a administração pode, sem intervenção judicial efetivar. O mandado de segurança é, para usar de uma metáfora, o antídoto dessas medidas e por ser uma contramedida de execução é que se denomina mandado de segurança”

Sobre a essencialidade da medida liminar para a ação mandamental, outrossim, discorre autorizada doutrina, vejamos:

“Não obstante essa tradição da Constituição brasileira de não prever a concessão expressa de liminar no âmbito do writ, é incontroverso que a liminar é inerente ao instituto do mandado de segurança. De nada adiantaria ele ser um instrumento de garantia contra atos ilegais de autoridade pública se muitas vezes, ao final, a prestação jurisdicional se apresentasse totalmente ineficaz”⁸

“Em quase cem por cento dos casos, quem impetra uma segurança quer medida liminar”⁹

De fato, a concessão de uma liminar em ação mandamental por parte de qualquer autoridade judiciária não tem a intenção nem o objetivo de prejudicar ou dilapidar o erário, mas sim resguardar os direitos vilipendiados pelas autoridades públicas, de modo que quando o juiz concede uma liminar é porque chegou à conclusão de que o ato lesivo ao direito do cidadão foi flagrantemente violado, existindo aí a certeza da ofensa ao direito e o perigo que corre o jurisdicionado na demora da decisão última do Judiciário.

Não cabe ao legislador, portanto, inserir dispositivo que condicione a concessão de liminar à prestação de caução, fiança ou depósito, sob pena de esvaziar o conteúdo mandamental e a natureza do mandado de segurança.

Sequer é possível imaginar, nos dias atuais e considerando a prática forense diuturna, que os jurisdicionados teriam condições de oferecer garantias, seja de quaisquer naturezas (fidejussórias ou reais), para obtenção de provimento jurisdicional mandamental, sendo de clareza solar que o dispositivo em foco ofende a literalidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, na exata dicção do art. 5º, XXXV, da CF/88.

Esse Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1576, manifestou-se no sentido da inconstitucionalidade de lei que versasse sobre

⁸ ORIONE NETO, Luiz. Limitares no processo civil e legislação processual civil extravagante. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manual de. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança, RP 39/16-26.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

exigência de caução para fins de concessão de liminares, valendo trazer à colação trechos do voto do Eminentíssimo Min. NERI DA SILVEIRA, a saber:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Sr. Presidente.
Parece-me que esta ação direta de inconstitucionalidade, contra a Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997, traz à consideração da Corte matéria de altíssima relevância, em face do sistema constitucional vigente.

Todos sabemos que há relação de implicação entre Constituição e processo. Dentro de um regime constitucional democrático - como é o nosso -, não se pode deixar de ter presente o processo, enquanto instrumento indispensável à administração e realização da Justiça, à busca da verdade nos conflitos de interesses, bem assim enquanto meio de efetiva garantia da liberdade, da defesa dos direitos violados ou ameaçados e, ainda, de ação política estatal.

De igual modo, não é cabível visualizar o processo - daí a relação de implicação - senão a partir das linhas fundamentais que o ordenamento constitucional lhe confere, da conformação que o Estatuto Maior empresta a seus institutos básicos e ao respectivo funcionamento.

Como anotou Habscheid, sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do Direito Processual. Na esteira desse pensamento, é que disse Cândido Dinamarco:

C. Dinamarco

"O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perdurar nos princípios é a idéia mestra que cada um contém. E eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço. No tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional."



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De outra parte, assenta o sistema jurídico que nos serviu de modelo há mais de um século, ao implantar-se a República, no princípio da supremacia da Constituição, à qual se subordinam todos os Poderes, que nela vêm definidos os respectivos limites, e, por igual, assenta no postulado da independência do Judiciário, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa eminente de proceder à revisão das leis diante da Constituição, anulando-as quando com esta incompatíveis. Tal competência, para operar acerca da lei e dos atos de governo, a chamada revisão judicial, revela manifesto poder político, porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, cumpre entender inafastavelmente estar presente, também, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade.

Bem de compreender, destarte, é que essa dimensão política do Judiciário, onde consagrado o controle judicial da constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional e do Governo, confere-lhe a inequívoca nota de independência e proclama que a atividade jurisdicional não é simples atividade jurídica.

M. Neri

Esses dois pontos, Sr. Presidente, levam-me a uma reflexão em torno do caso concreto. É que, em verdade, o art. 1º, da Medida Provisória 1.570/97, determina a aplicação à tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461, do Código de Processo Civil - portanto, a tutela genérica e a tutela específica - do disposto em normas vigentes, que concernem, basicamente, ao mandado de segurança, e demais normas que estipulam, quanto ao mandado de segurança, a não execução imediata daquilo que decidido, tendo em conta o objeto da decisão, eis que essas normas, referidas no contexto do citado art. 1º, concernem, basicamente, à determinação de que não se faça o pagamento de vantagens a servidores, concedidas em mandado de segurança, decorrentes de reclassificação ou de ações em geral, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão. Quer dizer, essas normas retiram do mandado de segurança aquele caráter de executoriedade imediata da decisão concessiva do writ.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Prossegue o eminente Ministro, especialmente ao diferenciar tais institutos de natureza acautelatória da ação mandamental, cuja transcrição 'permissa venia', vale trazer:

Na espécie, proíbe-se que seja concedida medida liminar. É forma de restrição de atos do Poder Judiciário. Certo está, entretanto, que, em princípio, se for norma processual, pode não significar restrição à independência da Magistratura. O que estou afirmando é que, no caso concreto, essas normas nada têm a ver com esse instituto. Elas partem, evidentemente, de outro lado, de uma

presunção: os magistrados estão praticando atos, na utilização do instituto da tutela antecipada, que dizem respeito aos interesses da Fazenda Pública. Por isso essa medida é editada, para que eles não pratiquem esses atos.

Como disse anteriormente, os atos do Poder Judiciário estão submetidos a um sistema de controle pelos órgãos hierarquicamente superiores, num relacionamento dos órgãos inferiores com os superiores, e há recursos previstos para a eventual prática de um ato. Não posso admitir que um juiz vá determinar, em tutela antecipada, o pagamento à boca do cofre de uma determinada vantagem, contra a Fazenda Pública, porque seria um erro grosseiro por parte do magistrado, imediatamente reparável. Então, o que vejo é o estabelecimento - compreendam a linha do meu raciocínio - de normas que não são compatíveis com o instituto da tutela antecipada, - desnecessárias, portanto, em face de sua natureza, - mas que têm o objetivo específico de impedir a prática, pelos magistrados, de atos de seu ofício de julgar.

Ora, compreendo que norma com essa finalidade atenta contra a separação dos Poderes. Todas as Fazendas Públicas, hoje, possuem um sistema de defesa organizada, e, se o magistrado praticar um ato que seja contrário à lei, à Constituição, que não atenda aos interesses das pessoas administrativas, elas irão imediatamente contestá-lo, como fazem, nós o sabemos. Ainda recentemente o ilustre Ministro-Presidente afirmou que quase metade dos processos que vêm ao Supremo Tribunal Federal, ou mais da metade, tem a Fazenda como parte, o que significa que a Fazenda está atenta na defesa dos interesses do erário, e, assim, deve ser no interesse da Nação, no interesse de todos.

Tendo em conta a natureza das normas que compõem o instituto da tutela antecipada e o que se pretende no art. 1º, compreendo que, realmente, há relevantes fundamentos na ação quando,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

na inicial, se afirma que o dispositivo atenta contra o art. 2º, da Constituição, quanto à independência do Poder Judiciário e ao exercício de suas competências.

Mas, vou além, penso que o art. 5º, item XXXV, da Constituição, está posto em causa, na inicial, de uma forma segundo a qual se pode acolher a relevância da sua invocação. De fato, tal como posta essa norma, o que se pretende é restringir o exercício do direito de acesso ao Judiciário, do direito de ação em determinadas matérias, estabelecendo, antecipadamente, a inviabilidade da obtenção de qualquer medida.

Chego, então, ao último ponto. Muito se tem afirmado a respeito do uso abusivo de medidas provisórias por parte do Governo. Mas não ponho a questão nesses termos. Entendo que, se a Constituição previu esse instituto, o Poder Executivo pode editar medidas provisórias, exercendo essa competência, que, pela Constituição atual, não tem um limite, quanto ao seu objeto, expressamente definido, assim como acontecia com os decretos-lei no regime anterior, em que eram limitados a determinadas matérias. Aqui não há limite: então se diz que o Poder Executivo pode editar medidas provisórias sobre qualquer matéria. No ponto recebo a assertiva em termos e, mais uma vez, faço o confronto: processo e Constituição. Há uma relação de implicação entre ambos dentro do regime democrático. Medidas provisórias a respeito de processo, que digam respeito à criação de normas com sentido restritivo de direitos ou de prerrogativas de Poder concernem imediatamente com o sistema da Constituição. A meu ver, precisamente pelas consequências que essa medida provisória tem quanto a dois princípios fundamentais: o princípio da independência do Poder Judiciário e o da acessibilidade a este, não pode, efetivamente, ser mantida em vigência.

J. J. F.

Essa é uma consideração prévia, apenas para os limites deste juízo de suspensão da norma. Por isso, em síntese, meu voto, com a devida vênia, acompanha o do Sr. Ministro Celso de Mello na sua conclusão, para deferir a cautelar e suspender, até o julgamento final da ação, o art. 1º, da Medida Provisória 1.570, de 26 de março de 1997.

J. J. F.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Percebe-se, pois, que não se admite a imposição, por parte de normas infraconstitucionais, de limitações ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo da utilização do mandado de segurança, em respeito, sobretudo, ao princípio da separação dos poderes e do acesso à jurisdição.

Ora, só e tão-só a norma constitucional é capaz de impor restrições aos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais a utilização do remédio heróico para a proteção de direito líquido e certo, descabendo ao legislador a competência para restringir o que a Constituição Federal não o fez.

É a norma constitucional que assegura o acesso à jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, CF/88, recaindo no instrumento do mandado de segurança a via de proteção adequada e necessária à salvaguarda do direito líquido e certo do impetrante, descabendo o estabelecimento de condicionantes para obtenção de provimento jurisdicional liminar.

A concessão de liminar, em boa verdade, é inerente e faz parte da gênese do instituto do mandado de segurança, servindo tal remédio como efetiva proteção para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Carta da República ou pela lei, não podendo o Estado intervir de modo a criar óbices a esse exercício, na preciosa contribuição do eminente Min. MENEZES DIREITO¹⁰:

“muito embora não exista a previsão constitucional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinado à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viesse a ocasionar irreversibilidade da lesão, pela demora no trâmite processual.

Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional implícita da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias.”

Igualmente, esse é o pensamento da eminente Ministra CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA¹¹:

¹⁰ Apud, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, ob. cit., p. 128.

¹¹ A liminar no mandado de segurança, in *Mandados de Segurança e de Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp199/230-222, obra coletiva, sob a coordenação do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“Em virtude da imprescindibilidade da liminar para o aperfeiçoamento da garantia fundamental do mandado de segurança, em alguns casos, é que se tem atribuído, com exatidão, instância constitucional a esta medida, conquanto sua expressão não se contenha na norma do art. 5º, LXLX, da Carta Magna, mas apenas no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51.

A raiz constitucional da liminar de mandado de segurança, inobstante implícita no texto normativo magno, explica-se pela sua indispensabilidade em algumas hipóteses para a realização da finalidade protetora de direito líquido e certo posta na regra fundamental.”

A liminar, como se vê, acha-se ínsita na própria definição constitucional do instituto do mandado de segurança, sendo inadmissível que o legislador infraconstitucional preveja condições outras para o seu deferimento que não sejam aquelas decorrentes dos seus pressupostos e da natureza de antecipação provisória dos efeitos do provimento final.

O princípio da máxima efetividade, outrossim, corrobora tal entendimento, porquanto o remédio heróico, além de sua expressa previsão constitucional e alocação no capítulos dos direitos e garantias fundamentais, não se coaduna com a exigência de caução, fiança ou depósito, para fins de deferimento da liminar.

Os interesses do Poder Público não justificam a redução da máxima efetividade do provimento liminar em mandado de segurança, até porque tem ele extensa possibilidade recursal (agravo de instrumento e suspensão de liminar) em caso de decisão teratológica, cuja razoabilidade na defesa do interesse público não justifica a imposição de contra-cautela ao jurisdicionado.

Tanto é assim que a própria Lei nº 12.016/09 prevê a possibilidade da pessoa jurídica apresentar suspensão de liminar (art. 15), a qual pode ser renovada (art. 15, § 1º), além, como dito, do recurso próprio (agravo de instrumento – art. 15, § § 3º e 5º).

A previsão de tais instrumentos de defesa do interesse público para sustar, de imediato, eventual liminar que cause grave dano, está a demonstrar que em determinadas hipóteses, sopesando os valores *justa pretensão x segurança jurídica*, os órgãos componentes do Poder Judiciário poderão, à luz desse último, negar a liminar requerida, como verdadeira instância de controle dos atos judiciais.

É patente, pois, que se esse conflito não existir ou se o valor segurança jurídica não se revelar preeminente, caberá, portanto, a concessão de liminar sem outras



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

condições que não digam respeito ao atendimento de seus pressupostos de admissibilidade, o que exclui, de modo visceral, a exigência de caução, fiança ou depósito.

O inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09, revela-se, portanto, incompatível com a disciplina jurídica constitucional do mandado de segurança, de modo que torna-se imperiosa a supressão de sua eficácia, como nos ensina o Prof. ALFREDO BUZAID¹²:

"...diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição; ela é direta, quando viola o direito expresso; e indireta, quando a lei é incompatível com o espírito ou o sistema da Constituição."

Matéria dessa natureza, adernais, já parte da jurisprudência dessa Corte, vejamos:

"Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n. 375, de 23-11-93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares inominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo." (AD1 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-93, Plenário, DJ de 20-6-97)

A Constituição Federal assegurou a ação mandamental em sua plenitude, sem restrições ou limitações, garantindo a tutela jurisdicional em sua máxima efetividade, incluindo-se aí a possibilidade de concessão de liminar quando indispensável à sanar lesão ou impedir que se concretize ameaça de lesão, tudo em respeito ao princípio do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), cuja inconstitucionalidade é latente, além de interferência odiosa na separação dos poderes, conforme art. 2º da Carta da República.

Exsurge da Carta Maior a garantia ao cidadão contra o arbítrio do Estado, prevendo-se, assim, a utilização do mandado de segurança em decorrência do postulado da inafastabilidade da jurisdição, de modo que o direito de recorrer ao Poder Judiciário permite ao cidadão a garantia de impedir a consumação da lesão. Logo, o direito do cidadão à proteção jurisdicional inclui, obrigatoriamente, os mecanismos para

¹² Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 46, nº 13.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

que se torne eficaz, uma vez que tal manutenção despojada de sua eficácia é torná-la letra morta.

Cândido R. Dinamarco, em sua obra “A Instrumentalidade do Processo”, é enfático ao defender que:

“A celeridade do procedimento do mandado de segurança, associada à possibilidade de liminar, é fator de efetividade desse remédio constitucional, o qual não cumpriria o seu objetivo de resguardar as liberdades políticas se fosse tardio”.

O mesmo entendimento é perfilhado por Luiz Guilherme Marinoni (O Direito à adequada Tutela Jurisdicional – RT 663/245) ao estampar que ‘*suprimir o direito constitucional à liminar é o mesmo que legitimar a autotutela privada*’, indo mais além o festejado Luiz Orione Neto ao proclamar que ‘*se o mandamus requer procedimento célere, a possibilidade aferição da eventual periclitacão, em virtude do periculum in mora, do direito que através dele se visa proteger, evidentemente não pode ser suprimida por norma alguma (...). impedir-se ao Poder Judiciário o uso de seus poderes implícitos fere o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Lei Suprema*’.

Na trilha desse entendimento, registre-se que esse C. STF já se debruçou com situação semelhante, a exemplo da ADI 223, e que não obstante o mérito não tenha sido enfrentado por perda de objeto, é cristalino o entendimento de que a garantia constitucional da jurisdição contra a ameaça a direito, pela qual se insere a função acautelatória das liminares, não é compatível com a fixação de limites à concessão da proteção jurídica, notadamente porque seria ilusória a proteção judicial, privando o mandado de segurança de sua utilidade:

ADI 223 MC / DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD

Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 05/04/1990 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 29-06-1990 PP-06218 EMENT VOL-01587-01 PP-00001

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISÓRIA 173, DE 18.3.90, QUE VEDA A CONCESSÃO DE 'MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINÁRIAS E CAUTELARES DECORRENTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NUMEROS 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 E 168': INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DA VIGÊNCIA DO



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

DIPLOMA IMPUGNADO: RAZOES DOS VOTOS VENCEDORES. SENTIDO DA INOVADORA ALUSAO CONSTITUCIONAL A PLENITUDE DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONTRA A AMEAÇA A DIREITO: ENFASE A FUNÇÃO PREVENTIVA DE JURISDIÇÃO, NA QUAL SE INSERE A FUNÇÃO CAUTELAR E, QUANDO NECESSARIO, O PODER DE CAUTELA LIMINAR. IMPLICAÇÕES DA PLENITUDE DA JURISDIÇÃO CAUTELAR, ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PROCESSO E DE SALVAGUARDA DA PLENITUDE DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIARIO. ADMISSIBILIDADE, NÃO OBSTANTE, DE CONDIÇÕES E LIMITAÇÕES LEGAIS AO PODER CAUTELAR DO JUIZ. A TUTELA CAUTELAR E O RISCO DO CONSTRANGIMENTO PRECIPITADO A DIREITOS DA PARTE CONTRARIA, COM VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSEQUENTE NECESSIDADE DE CONTROLE DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS AO PODER CAUTELAR. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE VEDAÇÃO DE LIMINARES DE DETERMINADO CONTEUDO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE DAS RESTRIÇÕES, A PARTIR DO CARÁTER ESSENCIALMENTE PROVISORIO DE TODO PROVIMENTO CAUTELAR, LIMINAR OU NÃO. GENERALIDADE, DIVERSIDADE E IMPRECISAO DE LIMITES DO ÂMBITO DE VEDAÇÃO DE LIMINAR DA MP 173, QUE, SE LHE PODEM VIR, A FINAL, A COMPROMETER A VALIDADE, DIFICULTAM DEMARCAR, EM TESE, NO JUÍZO DE DELIBAÇÃO SOBRE O PEDIDO DE SUA SUSPENSÃO CAUTELAR, ATÉ ONDE SÃO RAZOAVEIS AS PROIBIÇÕES NELA IMPOSTAS, ENQUANTO CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER CAUTELAR, E ONDE SE INICIA, INVERSAMENTE, O ABUSO DAS LIMITAÇÕES E A CONSEQUENTE AFRONTA A PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E AO PODER JUDICIARIO. INDEFERIMENTO DA SUSPENSÃO LIMINAR DA MP 173, QUE NÃO PREJUDICA, SEGUNDO O RELATOR DO ACÓRDÃO, O EXAME JUDICIAL EM CADA CASO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE, INCLUIDA A RAZOABILIDADE, DA APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA LIMINAR. CONSIDERAÇÕES, EM DIVERSOS VOTOS, DOS RISCOS DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA MEDIDA IMPUGNADA.

Decisão : Após o voto do Sr. Ministro-Relator que concedia, em parte, a medida liminar e suspendia a vigência, até o julgamento final da Ação, no art. 1º da Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, das expressões: em mandado de segurança e, relativamente às Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, e do voto do Sr. Ministro Celso de Mello que deferia a liminar integralmente e suspendia a eficácia, até o julgamento final da Ação,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

do referido art. 1º da Medida Provisória nº 173, bem assim, após o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence que indeferia a liminar, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Sydney Sanches. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Plenário, 04.04.90.

Por maioria, o Tribunal indeferiu o pedido de liminar, vencido o Sr. Ministro Celso de Mello, que a deferia integralmente para suspender a eficácia do art. 1º da Medida Provisória nº 173, e vencido, em parte, o Sr. Ministro-Relator que concedia parcialmente a cautelar, nos termos do voto que proferiu. Votou o Presidente. Plenário, 05.04.90.

Importante pontuar, pela exatidão do tema, as lições do eminente Min. PAULO BROSSARD, a saber:

11. Buscando um critério objetivo e seguro, quer me parecer que na medida em que se tratar de direito individual ferido ou ameaçado de lesão, para cuja proteção eficaz a própria Constituição outorga, também como direito individual, o mandado de segurança, não pode este ser tolhido; o mandado de segurança, na sua expressão tradicional, é um direito individual em si mesmo, tanto mais valioso quando, muitas vezes, é o mais apropriado e eficaz instrumento de defesa de outros direitos individuais, exatamente pela possibilidade de proteção liminar. De modo que, permitir sua paralisia, ainda que parcial e limitada, importaria em atingir, em maior ou menor grau, além do próprio mandado de segurança, outros direitos individuais, solenemente assegurados na Constituição. Ora, isto não me parece possível por via de lei e muito menos por medida provisória, que é uma modalidade excepcional de legislar.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ora, o direito que ele visa a tutelar há de ser líquido e certo, a reclamar e exigir a pronta custódia judicial. Por ser direito líquido e certo, seu rito é sumaríssimo. Obstar-lhe a marcha rápida e eficaz, como o faz a medida provisória 173, é desnaturá-lo até a deformação. E quando um direito líquido e certo é de natureza e assento constitucional essa deformação chega à contrafação do instituto constitucional. Não digo o mesmo, com vistas à concessão da cautelar requerida, quanto às ações ordinárias e cautelares, a que se refere a Medida 173.

(...)

Como se vê, há uma série de situações que se ligam intimamente a direitos individuais e na medida em que eles necessitam de proteção, sob pena de lesão direta e imediata, tenho para mim que não é lícita qualquer limitação ao direito, à ação do mandado de segurança.

(...)

Tirar do mandado de segurança a providência cautelar e impedir sua execução enquanto não transitar em julgado a sentença dele concessiva, é atrofiar o instituto ao ponto de reduzi-lo a um simulacro, deixando direitos individuais sem proteção real e reduzidos, por sua vez, a promessa vã, e isto não me parece que possa prevalecer em face da Constituição, da qual é guarda o Supremo Tribunal Federal, tanto mais quando, segundo a Súmula 271,

(...)

29. De mais a mais, não faltavam expedientes legítimos para acautelar o que se entendesse por interesse público; o escolhido, no entanto, foi além da marca, pois atinge não apenas um direito individual constitucional, o mandado de segurança, mas os direitos individuais constitucionais em geral, que ele deixa de custodiar de maneira eficaz e pronta.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...)

31. Quer me parecer que, aceitar como constitucional a proibição da concessão de liminar em mandado de segurança ou de medida cautelar para defesa de direito individual constitucionalmente assegurado, importaria em tratar a cláusula final do inciso XXXV do art. 5º, da Constituição.

32. Como o mandado de segurança se destina a proteger direito líquido e certo, especialmente direito individual constitucionalmente assegurado, ele não pode sofrer as restrições ora impostas, pois elas importariam, por via de consequência, em restrição dos demais direitos individuais de cunho e assento constitucional.

Completando esse raciocínio, colaciona-se o brilhante voto do Min. CELSO DE MELLO, vejamos:

O direito ao processo constitui, ele próprio, expressão das liberdades públicas, ineliminável por ato estatal. Dentro dessa perspectiva, como já proclamou esta Corte (RTJ 112/34), até mesmo a criação de obstáculos institucionais, que impossibilitem o acesso à jurisdição, traduz desrespeito à cláusula constitucional que impõe ao Estado o dever de tornar efetiva a prestação jurisdicional. Quando essa obrigação é descumprida pelos órgãos judiciais que compõem a estrutura institucional do Estado e este, por inércia ou inatividade, deixa de exercer a tutela jurisdicional invocada, incide, o Poder Público, em comportamento inconstitucional, posto que a indeclinabilidade, sendo um dos princípios que regem a jurisdição, funda-se no preceito da Carta Política que alberga o direito de

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.O.F.

ação e que impõe ao aparelho estatal o dever de administrar justiça. A recusa de prestação jurisdicional - já o reconheceu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 99/794) - constitui ato passível de censura jurídica, porque incompatível com o caráter de indeclinabilidade da obrigação estatal de prestar a jurisdição, quando regularmente postulada.

(...)

A proteção jurisdicional **imediata**, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício **liminar** da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material.

(...)

A concessão de medida liminar, **v. g.**, em ações de mandado de segurança, confere à pessoa estatal interessada a possibilidade de requerer ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a **suspensão de sua eficácia** (Lei nº 4.348/64, art. 4º). Trata-se de relevante meio de contracautela, posto à disposição do Estado, para efeito de preservação da intangibilidade do próprio interesse público.

A supressão da possibilidade de tutela, **imediata e eficaz**, dos direitos das pessoas afeta, gravemente, uma das dimensões em que se projeta a atividade jurisdicional, estimula o arbítrio do Estado e elimina um poderoso instrumento de pro



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

teção, individual e coletiva, das liberdades públicas.

Lembre-se, por interpretação analógica, que esse Excelso STF tem posição contrária à exigência de depósito prévio na instância administrativa para fins de admissibilidade de recurso, entendimento esse perfeitamente aplicável ao presente feito, na medida em que o inciso III do art. 7º criou condicionantes incompatíveis com a natureza da ação mandamental, vejamos:

ADI 1074 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 28/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007 - DJ 25-05-2007 PP-00063 - EMENT VOL-02277-01 PP-00036 - LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 40-46 - RDDT n. 143, 2007, p. 206-207

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do caput do artigo 19 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Falou pela requerente a Dra. Sílvia Lorena. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Observação: Acórdãos citados: Rp 1077 (RTJ 112/34), RE 103400 (RTJ 112/916), RE 105552 (RTJ 115/929). Número de páginas: 11. Análise: 05/06/2007, ACL.

RE 389383 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 28/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. O. J.

Publicação: DJe-047 DIVULG 28-06-2007 - PUBLIC 29-06-2007 - DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 - RDDT n. 144, 2007, p. 235-236

Ementa: RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. *A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.*

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo e desprovendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo recorrente a Dra. Carolina Delduque Sennes, Procuradora do INSS. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhava o Relator, conhecendo e negando provimento ao recurso, também manifestando-se nesse sentido os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, e do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, para conhecer e dar provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice- Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.04.2006.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário, e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, convertida na Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente).

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Retificação de decisão: O Tribunal deliberou retificar a proclamação da assentada anterior para constar que, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com as redações dadas pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

Observação: Acórdãos citados: ADI 1049 MC, ADI 1922 MC (RTJ-176/138), ADI 1976 MC (RTJ-176/138), MS 26358, RE 210246 (RTJ-172/982), RE 210234, RE 210369, RE 210380, RE 218752, RE 140195, RE 191480 (RTJ-166/637), RE 199800 (RTJ-178/409); RTJ 163/790, RTJ 183/371, RTJ 191/922, RTJ 156/1042. STJ: MS 4652, REsp 111463. Número de páginas: 55. Análise: 31/07/2007, JBM.

Acórdãos no mesmo sentido: RE 390513 -JULG-28-03-2007 UF-SP TURMA-TP MIN-MARCO AURÉLIO N.PÁG-055 - DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 - DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-09 PP-01680

É natural a conclusão, portanto, que se tal depósito prévio é vedado na instância administrativa, com mais razão na instância jurisdicional (STF, AI 698.626 RG-QO, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-232, de 04/12/08), pelo que a concessão de caução, fiança ou depósito não pode ficar à mercê de tais garantias, exatamente por conta da dimensão protetora da ação mandamental.

Patente, portanto, a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09, em relação ao art. 2º, 5º, incisos XXXV e LXIX, da Carta Maior, sobretudo pela imposição de restrições incompatíveis com a natureza, abrangência e tutela protetora da ação mandamental, cuja suspensão de eficácia do dispositivo ora se requer.

2.2.1 - PEDIDO ALTERNATIVO – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CARTA MAGNA:

Como visto acima, a exigência de caução, fiança ou depósito revela-se incompatível com a natureza da ação mandamental, considerando a máxima eficácia que lhe exige o texto constitucional, daí a inconstitucionalidade ora defendida. A exigência de caução, fiança ou depósito, conseqüente às razões acima declinadas, revelam-se incompatíveis com a máxima eficácia da ação mandamental.

Contudo, caso esse C. STF não identifique inconstitucionalidade flagrante, o que se admite apenas por amor ao debate, requer o Conselho Federal da OAB que este Tribunal dê ao inciso III, do art. 7º, da Lei nº 12.016/09 interpretação conforme à Constituição Federal, de modo a evitar a minimização da máxima efetividade inerente à ação mandamental, viabilizando-se, assim, a concessão de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

liminares para salvaguarda dos jurisdicionados contra ato abusivos ou ilegais sempre que preenchidos seus pressupostos de cabimento.

Tal pretensão alternativa, com efeito, destina-se a evitar e impedir que os juízes exijam e condicionem a concessão de liminares à apresentação de caução, fiança ou depósito, desobservando, nesse particular, a demonstração dos pressupostos de cabimento das liminares (relevância da fundamentação e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação), situação essa que acabaria por retirar do mandado de segurança o caráter protetor e heróico a ele deferido pela Carta da República, bem como sua máxima efetividade.

Como dito, a redação atual do dispositivo impugnado induz que os juízes exijam a prestação de caução, o que, com todo respeito, implica em verdadeiro apartheid social, posto que só os afortunados é que terão acesso à jurisdição liminar e poderão conter, 'in limine', atos abusivos ou ilegais.

Portanto, o que se objetiva é que seja conferido ao inciso III do art. 7º da Lei 12.016/09 a máxima efetividade que lhe assegurou a Constituição Federal, evitando-se, pois, que os magistrados amesquinhem o conteúdo salvador da via heróica.

2.3 - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 7:

Além das inconstitucionalidades acima apontadas, a novel legislação proibiu, expressamente, a concessão de 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 extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. É a redação do § 2º, 'verbis:

(...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

Nesse aspecto, e como dito acima, as limitações impostas pelo legislador, mais uma vez, pecam no vício da inconstitucionalidade, cuja demonstração será realizada em tópicos pontuais em face da redação do dispositivo, vejamos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

2.3.1 – DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – INCONSTITUCIONALIDADE:

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, assentou que a questão da compensação de créditos tributários é matéria de natureza infraconstitucional, conforme o **RE 433577 AgR / SE (Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 28/04/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação : DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009)**, e **RE 559164 ED / SP (Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 20/11/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008)**, entre outros.

Não obstante a existência da Súmula 212, do Eg. Superior Tribunal de Justiça - STJ¹³, que veda a possibilidade de concessão de liminar para fins de compensação de créditos tributários, é fato que mais uma vez o legislador amesquinhou o cabimento de mandado de segurança após a edição da Lei nº 12.016/09.

Isso porque o próprio STJ também editou a Súmula 213, a qual define que ‘o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária’, cuja jurisprudência, ademais, permite a operacionalização da compensação de créditos tributários, de mesma natureza, como se vê do seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL Nº 923.736 - SP (2007/0025445-2)

RELATOR : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS. RESCRIÇÃO. "CINCO MAIS CINCO". COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. LEI N. 8.383/91. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A/CTN. APLICAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. (...).

2. **A teor do disposto no art. 66 da Lei n. 8.383/91, pode haver compensação apenas entre tributos da mesma espécie que possuam a mesma destinação constitucional.**

3. Proposta a ação na vigência do artigo 170-A do CTN, (introduzido pela Lei Complementar n. 104/01), impõe-se a observância da regra nela contida, que veda a compensação antes do trânsito em julgado.

4. Com a edição da Lei n. 9.250/95, foi estatuído, em seu art. 39, § 4º, que, a partir de 1º/1/96, a compensação ou restituição de tributos federais será acrescida de juros equivalentes à taxa Selic acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido. Desde aquela data, não mais tem aplicação o mandamento inscrito no art. 167, parágrafo único, do CTN, o qual, diante da

¹³ A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

incompatibilidade com o disposto no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, restou derogado.

5. Recurso especial conhecido em parte e provido parcialmente.

Processo: REsp 960914 / RS - RECURSO ESPECIAL - 2007/0136575-2

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 21/05/2009

Data da Publicação/Fonte: DJe 04/06/2009

Ementa

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO – PRECATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZATIVA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 170 DO CTN – ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

1. Conforme exigência expressa contida no art. 170 do CTN, somente se admite a compensação de tributos quando existir na esfera do ente federativo lei autorizadora. Precedentes.

2. No Estado do Rio Grande do Sul houve o reconhecimento da possibilidade de compensação de tributos com dívidas expressas em precatório (art. 2º da Lei 11.472/00. Porém esta lei foi revogada pela Lei Estadual 12.209/2004.

3. Recurso especial não provido.

Processo: AgRg no REsp 1006240 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO - ESPECIAL - 2007/0268278-2

Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento: 23/04/2009

Data da Publicação/Fonte: DJe 25/05/2009:

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 271/STF.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos (Súmula 213/STJ).

2. Entrementes, a compensação, modalidade extintiva do crédito tributário elencada no artigo 156, do CTN, reclama autorização legal expressa para que o contribuinte possa lhe fazer jus, ex vi do artigo 170, do Codex Tributário.

3. Consectariamente, a declaração do direito de compensação tributária, em sede



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

de mandado de segurança, pressupõe a existência de lei autorizativa oriunda da Pessoa Jurídica de Direito Público competente para a instituição do tributo.

4. Outrossim, "a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula 271/STF e precedentes do STJ: EDcl no MS 11.513/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27.06.2007, DJ 13.08.2007; RMS 21.882/RO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 04.06.2007; RMS 19.466/PA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.09.2006, DJ 28.09.2006; e REsp 447.829/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 23.05.2006, DJ 02.08.2006).

5. In casu, a sentença, corroborada pelo Tribunal de origem, indeferiu o pedido compensatório, em virtude do óbice contido na Súmula 271/STF, ante a constatação de que a pretensão mandamental abrange período anterior à impetração do writ.

6. O acórdão regional explicitou o motivo pelo qual considerou inaplicável, in casu, a Súmula 213/STJ, qual seja: o óbice inserto na Súmula 271/STF, sendo certo que inexistia ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o órgão julgador pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que suficientes os fundamentos utilizados para embasar a decisão.

7. Agravo regimental desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Como se vê, a jurisprudência se sedimentou na possibilidade de declaração, pela via do mandado de segurança, da possibilidade de compensação de créditos tributários, desde que haja lei assim o permitindo (arts. 170 e 170-A, Código Tributário Nacional, e Lei nº 9.430/96), bem assim que o crédito se constitua através de lançamento por homologação, os quais são apurados em registros do contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária, cabendo a esta autoridade a fiscalização do procedimento, como se extrai da seguinte decisão:

Processo: REsp 982468 / SE - RECURSO ESPECIAL - 2007/0204618-2

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 05/08/2008



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Data da Publicação/Fonte: DJe 01/09/2008

Ementa

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO - CABIMENTO –SÚMULA 213 STJ - COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES.

1. "O **mandado de segurança** constitui ação adequada para a declaração do direito à **compensação** tributária" (Súmula 213-STJ).
2. Consoante entendimento firmado pela Primeira Seção, os **tributos**, cujo crédito se constitui através de lançamento por homologação são apurados em registros da contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de **compensação**, a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária, cabendo a esta autoridade a fiscalização do procedimento.
3. Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Veja

(MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO – (TRIBUTÁRIA) - STJ - RESP 489413-SP, RESP 309759-SP, RESP 315165-SP (RSTJ 158/189)-(COMPROVAÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO PARA A COMPENSAÇÃO) - STJ - AGRG NO AGRG NOS ERESP 416352-SP, RESP 651902-MG

Sucessivos

REsp 1054886 BA 2008/0097754-9 - Decisão:23/04/2009 - DJe DATA:27/05/2009 -

REsp 1044852 PE 2008/0067853-6 Decisão:09/12/2008 - DJe DATA:27/02/2009

REsp 997149 SP 2007/0244708-5 Decisão:21/10/2008 - DJe DATA:18/11/2008

A legislação, portanto, já impunha exaustivas limitações legais, e tal previsão na Lei nº 12.016/09 inviabiliza o exame de abusos e ilegalidades pontuais sob aspectos que, no que toca à compensação, muitas vezes torna impraticável o exercício do direito assegurado, sendo necessário observar, todavia, que o mandado de segurança é instrumento de **matriz constitucional**, e a ele não se pode aplicar, por via de simples lei, restrição dessa ordem.

Não cabia ao legislador, como exsurge da redação do § 2º do art. 7º, primeira parte, excluir a possibilidade de concessão de liminar em mandado de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

segurança em matéria de compensação de créditos tributários, visto que a legislação e a jurisprudência se sedimentaram no sentido de tal possibilidade, desde que haja lei prevendo essa hipótese e o crédito se constitua por homologação.

Com delineado, o direito líquido e certo do impetrante salta aos olhos nas hipóteses já reconhecidas pela jurisprudência, notadamente se observado que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV, CF/88.

O legislador, contudo, estabeleceu restrição desarrazoada e inconciliável com o remédio constitucional, cuja consequência prática mitiga a possibilidade de concessão de liminar e retira do 'mandamus' a ináxima eficácia, incorrendo, pois, em manifesta vulneração aos artigos 2º, por ingerir na esfera do Poder Judiciário e quebrar o Princípio da Separação dos Poderes, bem como por ofender a própria garantia fundamental do mandato de segurança e do acesso à jurisdição, na forma dos incisos XXXV e LXIX do art. 5º, da Carta Maior.

Imperioso, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º, do art. 7º, primeira parte, da Lei nº 12.016/09, posto que amesquinhou a possibilidade de concessão de liminar e desconsiderou vasta e sedimentada jurisprudência a respeito do cabimento da segurança para fins de declaração do direito à compensação, daí a necessidade de suspender a eficácia do dispositivo.

2.3.2 – ENTREGA DE MERCADORIAS E BENS PROVENIENTES DO EXTERIOR – INCONSTITUCIONALIDADE:

O tópico em análise, embora não trate de inovação decorrente da Lei nº 12.016/09, também padece em inconstitucionalidade, notadamente por retirar do 'writ' a possibilidade de salvaguarda do jurisdicionado contra atos abusivos e ilegais de autoridades alfandegárias.

Com efeito, a Lei nº 2.770/56, editada sob o regime da Constituição Federal de 1946, suprimia a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza que visassem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, cujo art. 1º assim apregoava:

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A abrangência do dispositivo em tela, em verdade, e já sob o regime da Carta anterior, contemplava o remédio heróico, retirando do mesmo a máxima efetividade. Em relação a este aspecto – liberação de mercadorias e bens importados - a nova lei de Mandado de Segurança apenas unificou as leis esparsas que tratavam sobre o tema, sem, no entanto, trazer qualquer inovação.

No entanto, referida vedação já vem sendo, há muito, afastada pelo Poder Judiciário, haja vista que é inconcebível “acorrentar” um Magistrado vendando-o, diante de ato administrativo ilegal ou abusivo consubstanciado na retenção irregular de mercadorias ou bens, a adoção de medida judicial apta a corrigi-lo.

Ademais, o próprio Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759 de 05 de Fevereiro de 2009 –, nos casos em que ocorre liberação de mercadorias ou bens (mesmo sem prestação de garantia) e posteriormente é confirmado o Perdimento, prevê a conversão da pena em multa pecuniária no exato valor aduaneiro dos bens retidos. Confira-se:

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

§ 1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

Desta feita, em havendo a liberação das mercadorias mediante liminar e caso a sentença não confirme o provimento inicial, ainda assim o interesse Público, especificamente o Erário, estará plenamente resguardado.

De outra banda, existe alguma razoabilidade em manter bens perecíveis retidos aguardando uma decisão definitiva de mérito? Qual será o proveito final do Comando Judicial?

Por pertinente, destaca-se que a retenção das mercadorias ocorre em Zonas Alfandegárias Primárias (Portos e Aeroportos), locais onde as Tarifas de Armazenagem são elevadíssimas e podem, inclusive, dependendo do tempo de retenção dos bens, inviabilizar economicamente a operação de importação.

Portanto, o afastamento do imediato controle judicial dos atos administrativos, além de desestimular uma atividade que gera tributos e empregos para



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

o País, estimula a corrupção nas Aduanas, haja vista que os fiscais poderão utilizar a lei como moeda de troca para uma “solução” administrativa.

A não interferência judicial – sanando imediatamente as situações abusivas e ilegais cometidas por agentes públicos – inviabiliza o pleno exercício da atividade comercial das empresas do ramo de importação, contrariando a Carta Magna, especificamente seu art. 170, parágrafo único, além de criar distinção reprovável para a classe empresarial, indigna de obter imediato provimento jurisdicional, ainda que o seu direito “salte aos olhos” do Magistrado.

O absurdo é tamanho, que mesmo estando presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada (273 CPC), ainda assim ao Magistrado não é autorizado conferir o direito assegurado ao cidadão.

Como se vê, a então limitação existente na Lei nº 2.270/56 não se coadunava com a natureza, abrangência e principiologia constitucional aplicada ao mandado de segurança, notadamente porque tal instrumento ganhou ‘status’ de direito e garantia fundamental dos jurisdicionados.

Hely Lopes Meireles¹⁴, sobre a vedação em importação de mercadorias, como constava da Lei nº 2.770/56, já ensinava que ‘essa vedação só se refere a produtos de contrabando e não aos bens importados ou trazidos para o país como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembarço.’

Esse C. STF, em verdade, já se debruçou com situação análoga, e afirmou, na ocasião, que a liberação de mercadoria pode ser realizada mediante a comprovação do pagamento do ICMS, vejamos:

RE 192705 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 26/08/1997 - Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ 10-10-1997 PP-50932 - EMENT VOL-01886-04 PP-00769

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS - MERCADORIA IMPORTADA. ART. 155, § 2º, IX, "a", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SÚMULA 577. 1. O Plenário do S.T.F., no julgamento dos RR.EE. 193.817 e 192.711, firmou entendimento no sentido de que pode, a liberação da mercadoria importada, ser condicionada à comprovação, pelo

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – Habeas Datas – 27ª ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2004.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

importador, do pagamento do ICMS sobre ela incidente. 2. Interpretando a norma do art. 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal, entendeu a Corte que sua redação permite tal exigência, ao ensejo da entrada no posto aduaneiro, antes, portanto, da entrada física da mercadoria no estabelecimento importado; reconhecendo, assim, a constitucionalidade da legislação estadual que dispôs dessa forma, autorizada por Convênio, nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT, não mais se justificando, em tais circunstâncias, a aplicação da Súmula 577. 3. Adotada a fundamentação dos precedentes, o R.E. é conhecido e provido para o indeferimento do mandado de segurança.

Resultado: conhecido e provido.

Acórdãos citados: RE-193817, RE-192711 - RE-217201-AgR foi objeto dos , RE-217201- AgR-ED rejeitados - RE-213910 foi objeto dos RE-ED rejeitados os embargos de declaração de Cotonificio Baltrame S/A e recebidos os do Estado de São Paulo, em 23/04/2002.

Não obstante tais julgados relacionarem-se a matéria tributária, em especial sobre comprovação de recolhimentos de exações para fins de liberação e entrega de mercadorias, o fato é que não restou afastada a possibilidade de, em mandado de segurança e mediante prova pré-constituída, reconhecer-se liminarmente a ilegalidade ou abusividade de ato de autoridade alfandegária que apreende os bens.

Por este aspecto, desde já se pode afirmar sem sombra de dúvidas que o modelo de restrição ao cabimento de liminar em mandado de segurança instituído pela Lei nº 2.770/56, e ora revigorado pela Lei nº 12.016/09, é próprio dos regimes totalitários, cuja expressão da máxima efetividade guarnecida pela Carta da República de 1988 com ele não se mostra razoável, aplicando-se, de consequência, o instituto da não receptividade àquele diploma legal, bem assim o da inconstitucionalidade ao ato ora impugnado.

A Lei nº 12.016/09, então, cuidou de revigorar a odiosa e indesejável limitação do cabimento de liminar em mandado de segurança, esquecendo-se, porém, que descabe ao legislador introduzir restrições não abarcadas pela Carta Magna, haja vista trata-se de direito e garantia fundamental.

Ora, além de ofender a Separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), na medida em que impõe limitação à atuação do Poder Judiciário no que tange à possibilidade de dizer o direito e, assim, reconhecer 'in limine' ilegalidades ou abusividades praticadas por autoridades públicas no que toca à entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, vulnera, outrossim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), porquanto exclui, expressamente, da apreciação do Poder Judiciário eventuais questionamentos acerca da matéria.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Observe, no particular, que a redação do § 2º logo no início já descarta a possibilidade de concessão de liminar, remanescendo a atividade jurisdicional apenas ao enfrentamento do mérito da lide, situação essa que retira do magistrado a ampla possibilidade de aplicação do mandado de segurança (considerada sua máxima efetividade), que nada mais nada menos se destina a coibir o Poder Público em face da prática de atos ilegais ou abusivos.

Inconciliável, assim, a redação do dispositivo com o texto constitucional, daí a vulneração literal aos artigos 2º e 5º, incisos XXXV e LXIX, da Carta da República, pelo que requer a suspensão de eficácia do dispositivo.

2.3.3 – RECLASSIFICAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS E A CONCESSÃO DE AUMENTO OU A EXTENSÃO DE VANTAGENS OU PAGAMENTO DE QUALQUER NATUREZA – INCONSTITUCIONALIDADE:

Aqui também a Lei nº 12.016/09 não inovou o ordenamento jurídico, visto que restrição idêntica já continha na Lei nº 4.348/64, cujo teor transcreve-se:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Idêntica restrição, de outro modo, constou da Lei nº 5.021/66, a saber:

Art. 1º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

§ 1º - VETADO

§ 2º Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

§ 3º A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculos (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o art. 204 da Constituição Federal.

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

O art. 7º, § 2º, da Lei ora impugnada, mais uma vez, revigora tais restrições, tornando inócuo o direito e garantia fundamental ao mandado de segurança, cuja medida liminar está embrionariamente ligada, daí a inconstitucionalidade apontada.

A rigor, a vedação de liminar em favor de servidor público (reclassificação ou equiparação e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza), então previstas nas Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66, além de revestirem-se do mais alto cunho autoritário, próprio da época em que foram editadas, são literalmente inconstitucionais.

E o são porque desigualam os jurisdicionados do mandado de segurança em detrimento apenas da qualidade jurídica de ser o impetrante servidor público, cuja Carta Política de 1988, no entanto, apregoa a isonomia de direitos (art. 5º, 'caput') e não faz qualquer distinção acerca da qualificação dos impetrantes, não podendo o legislador realizar 'discriminem' desproporcional e desarrazoado.

Com todo respeito, a proibição de "pagamento de qualquer natureza" importa dizer que a remuneração dos servidores públicos (que tem inegável natureza alimentar) pode vir a ser diminuída por ato administrativo ilegal ou abusivo, sem que o juiz possa, liminarmente, recompor o *status quo ante*; nada mais juridicamente intolerável do que isto, o que leva à constatação da inconstitucionalidade da parte final do dispositivo em alusão ("... ou pagamento de qualquer natureza).

Em verdade, a proibição de concessão de liminar nos casos arrolados no dispositivo transforma o servidor público, só pelo fato de ser servidor público, em cidadão de segunda categoria, valendo lembrar que a Constituição Federal não evidenciou nenhuma diferenciação entre o particular e o servidor público para fins de impetração do 'writ', e que:

"A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.” (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, Plenário, DJE de 7-3-08)

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é — enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica — suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” (MJ 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-90, Plenário, DJ de 19-4-91)

É manifesta, portanto, as seguintes inconstitucionalidades:

- ao artigo 2º, por retirar do magistrado a prerrogativa institucional de dizer o direito, violando, pois, a Separação dos Poderes, eis que a tutela liminar lhe é proibida, o implica em afrontar a liberdade e autonomia dos juízes;

- 5º, ‘caput’, na medida em concede tratamento diferenciado, desproporcional e desarrazoado quando o próprio Constituinte assim não o fez ao redigir a redação do inciso LXIX, inserindo no remédio heróico limitações que desnaturam o espectro protetor da medida, pois a qualidade do impetrante (se servidor público ou particular) não foi objeto de ressalva; e

- 5º, XXXV, porquanto veda e limita o acesso à jurisdição liminar em matéria de mandado de segurança.

Ora, esse C. STF já decidiu pela extensão de determinadas gratificações a servidores públicos, considerando, notadamente, a isonomia, além de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

impedir grave lesão a servidores em caso de retenção de valores, valendo o escólio dos seguintes precedentes:

“Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, Instituída pela Lei 10.483/2002. Extensão. Servidores inativos. Possibilidade. (...) Gratificação de desempenho que deve ser estendida aos inativos no valor de 60 (sessenta) pontos, a partir do advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, que alterou a sua base de cálculo. Embora de natureza pro labore faciendo, a falta de regulamentação das avaliações de desempenho, transmuda a GDASST em uma gratificação de natureza genérica, extensível aos servidores inativos. Inocorrência, na espécie, de violação ao princípio da isonomia.” (RE 572.052, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-2-09, Plenário, DJE de 17-4-09)

MS 21969 MC / DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 28/03/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

**Publicação : DJ 06-10-1995 PP-33128 EMENT VOL-01803-02
PP-00204**

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ATO PELO QUAL O PRESIDENTE DA REPUBLICA TERIA DETERMINADO A RETENÇÃO DE PARCELA CORRESPONDENTE A 10,9% DO VALOR DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES FILIADOS AO IMPETRANTE, JA CREDITADOS EM CONTA-CORRENTE, NO BANCO DO BRASIL. Liminar parcialmente deferida, para o fim de ser providenciado, pela autoridade impetrada, o imediato depósito -- no Banco do Brasil, em contas especiais sujeitas a correção monetária, abertas em nome da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, e mantidas a ordem do Supremo Tribunal Federal, até final julgamento -- dos montantes retirados das contas bancárias pertencentes aos servidores de cada um dos mencionados órgãos.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu parcialmente a medida liminar, para determinar o imediato depósito no Banco do Brasil S.A., em contas especiais sujeitas à correção monetária, abertas em nome da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, e mantidas à ordem do Supremo Tribunal Federal, até final julgamento -, dos montantes retirados das contas bancárias, pertencentes aos servidores de cada um dos órgãos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

atingidos pelo ato impugnado. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que, também a deferia em maior extensão, ou seja, para imediato crédito dos valores estornados nas contas individuais dos servidores. Votou o Presidente. Plenário, 28.03.94.

Observação:- *Acórdão citado: MS 21291 AgR - QO.*

E aqui não se trata da jurisprudência consolidada na Súmula 339/STF¹⁵, mas sim de preservar a possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança, cuja Carta da República consignou a máxima efetividade, descabendo ao legislador impor restrições não emanadas do próprio texto constitucional (ato ilegal ou abusivo de autoridade pública e não amparado por habeas corpus e habeas data).

Veja-se, a propósito, decisões desse no que toca à isonomia:

"A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida." (MS 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-08, DJE de 19-12-08)

Repita-se, ademais, que esse C. STF já enfrentou tema semelhante quando do julgamento da ADI 975, vejamos:

"Suspensão dos efeitos e da eficácia da Medida Provisória n. 375, de 23-11-93, que, a pretexto de regular a concessão de medidas cautelares nominadas (CPC, art. 798) e de liminares em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 7º, II) e em ações civis públicas (Lei 7.347/85, art. 12), acaba por vedar a concessão de tais medidas, além de obstruir o serviço da Justiça, criando obstáculos à obtenção da prestação jurisdicional e atentando contra a separação dos poderes, porque sujeita o Judiciário ao Poder Executivo." (ADI 975-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-93, Plenário, DJ de 20-6-97)

Por outro lado, não se desconhece o teor da manifestação desse Tribunal quando do julgamento da ADC 4, mas o que diferencia esse julgado da presente arguição é que assentou a premissa de que é possível a admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela dos juízes, desde que razoáveis e não ofensiva ao postulado do livre acesso à jurisdição, tudo isso, no entanto, em matéria

¹⁵ Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

infraconstitucional, e não sobre a garantia constitucional do mandado de segurança, cuja Carta Maior assegura a máxima efetividade e só ela é que pode impor restrições.

“Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para declarar a constitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97 (...). Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do Poder Legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o Texto Magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do Poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes incorporaram aos seus votos os adendos do Min. Menezes Direito.” (ADC 4, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-10-08, Plenário, Informativo 522).

A relevância do debate, portanto, nasce da exata compreensão da possibilidade de limitação do poder geral de cautela dos juizes, na esfera



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

infraconstitucional, e eventual restrição, por meio de lei ordinária, da máxima efetividade concedida pela Carta da República ao mandado de segurança, cuja apreciação sem a possibilidade de concessão de liminar tornar inócua a garantia fundamental.

Daí a inconstitucionalidade do dispositivo ao impedir o deferimento de liminar nas hipóteses por ele contempladas, resultando, assim, que nenhuma lesão ou mera ameaça de lesão de direito individual ou não pode ser por lei infraconstitucional subtraída do conhecimento do Poder Judiciário, razão pela qual requer a suspensão de eficácia do dispositivo.

Imperioso, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo questionado em relação aos artigos 2º, 5º, 'caput' e incisos XXXV e LXIX, da Carta Maior, requestando, pois, a suspensão de eficácia.

2.4 – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 22 – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - EXIGÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA:

Ao disciplinar o cabimento de mandado de segurança coletivo, o § 2º do art. 22 exigiu, condicionou, a oitiva da parte contrária para fins de concessão de liminar, cujo teor é o seguinte:

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

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

*§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar **só poderá** ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.*

A disposição não é novidade no ordenamento jurídico, e dela já cuidava o art. 2º da Lei nº 8.437/92, o qual vinculava a concessão da liminar após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, que tem prazo de 72 horas para se manifestar, vejamos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Embora a Lei nº 12.016/09 não tenha inovado a matéria, contudo, revigorou medida restritiva e incompatível com a máxima eficácia do mandado de segurança, conforme redação conferida pelo art. 5º, LXIX, posto substituiu a expressão ‘após’ por ‘só poderá’, reforçando, assim, limitação odiosa.

É fato que com base na anterior redação da Lei nº 8.437/92 tinha o julgador certa margem de liberdade para, analisando situações de evidente perecimento do direito vindicado, conceder a liminar sem a oitiva da parte contrária, já tendo esse C. STF enfrentado a matéria, ‘verbis’:

Pet 2066 AgR / SP - SÃO PAULO

AG.REG.NA PETIÇÃO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 19/10/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

***Publicação: DJ 28-02-2003 PP-00007 EMENT VOL-02100-01
PP-00202***

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA

CAUTELAR: LIMINAR. Lei 8.437, de 30.06.92, art. 2º e art. 4º, § 4º, redação da Med. Prov. 1.984-19, hoje Med. Prov. 1.984-22.

ORDEM PÚBLICA: CONCEITO. PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS: C.F., art. 37. ECONOMIA PÚBLICA:

RISCO DE DANO. Lei 8.437, de 1992, art. 4º. I - Lei 8.437, de 1992,

§ 4º do art. 4º, introduzido pela Med. Prov. 1.984-19, hoje Med. Prov.

1.984-22: sua não suspensão pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn

2.251-DF, Ministro Sanches, Plenário, 23.08.2000. II - Lei 8.437, de

1992, art. 2º: no mandado de segurança coletivo e na ação civil

pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência

do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que

deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Liminar

concedida sem a observância do citado preceito legal. Inocorrência

de risco de perecimento de direito ou de prejuízo irreparável.

Ocorrência de dano à ordem pública, considerada esta em termos de

ordem jurídico-processual e jurídico-administrativa. III - Princípios

constitucionais: C.F., art. 37: seu cumprimento faz-se num devido

processo legal, vale dizer, num processo disciplinado por normas

legais. Fora daí, tem-se violação à ordem pública, considerada esta

em termos de ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e

jurídico-processual. IV - Dano à economia pública com a concessão

da liminar: Lei 8.437/92, art. 4º. V - Agravo não provido.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Observação : Votação: por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de

Mello e Sepúlveda Pertence. Resultado: desprovido.

Acórdãos citados: ADI-2251, Pet-810-AgR, SS-582 (RTJ-150/695), Pet-1246-AgR (RTJ-165/812); RTJ-146/460.

*“Lei 8.437, de 1992, art. 2º: no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, **a liminar será concedida, quando cabível**, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.” (Pet 2.066-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-10-00, DJ de 28-2-03)*

O fundamento maior que resultou desses julgados fixa-se na premissa de que em casos de evidente perecimento do direito pode (deve) o magistrado conceder a liminar ‘inaudita altera pars’, sem que tal situação signifique descumprimento do comando legal, haja vista a máxima efetividade conferida pelo Constituinte à ação mandamental.

O ‘quando cabível’, portanto, referido nos julgados acima, demonstra a compreensão exata dos limites impostos pelo Constituinte para fins de conhecimento e apreciação de questões liminares em mandados de segurança coletivos, sobretudo porque para fins de salvaguarda de situações urgentes e que envolvam perecimento de direito é dever do magistrado (poder-dever) conceder a medida liminar para assegurar o resultado útil do processo, não se admitindo, pois, esperar a manifestação da parte contrária.

Neste sentido, cabe trazer à colação a importante contribuição do renomado processualista OVÍDIO A BAPTISTA DA SILVA¹⁶, que assim leciona:

*“A regra, portanto, é a seguinte: - estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, **a maior ou menor complexidade da questio iuris é irrelevante para descaracterizar a “certeza” do direito.** Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a seu respeito.”*

Também o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES¹⁷, ao analisar a questão da concessão de liminares, já aduzia:

¹⁶ Curso de Processo Civil, Vol. 2, Ed. RT, São Paulo, p. 367;

¹⁷ Mandado de Segurança, RT, pag. 50/51



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

"Se é certo que a liminar não deve ser prodigalizada pelo Judiciário, para não entravar a atividade normal da Administração, também não deve ser negada, quando se verificarem os seus pressupostos legais, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do Impetrante." (grifamos)

Restando demonstradas as condições para a concessão da liminar *inaudita altera pars*, importante lembrar CAPELLETTI, que com o seu peculiar brilhantismo afirmava:

".. a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode, sem dano grave, esperar uma justiça lenta".(grifamos)

No entanto, com a nova redação do art. 22, § 2º, da Lei nº 12.016/09 o legislador condicionou a concessão de liminar à oitiva da parte contrária, haja vista que utilizou a expressão 'só poderá', o que impõe, na prática, a minimização da máxima efetividade garantida pelo texto constitucional ao mandado de segurança.

Ora, é sabido e consabido que o contraditório revela-se, também, como garantia e direito fundamental, existindo vários magistrados país afora que somente apreciam liminares em mandado de segurança coletivo após prévia oitiva da parte contrária, sob o fundamento de cautela e respeito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), o que denota compreensível em certas demandas.

Contudo, a vedação ora positivada é intolerável, de vez que essa demora (72 horas), em determinadas hipóteses, pode ser fatal para o direito dos impetrantes, e a providência reclamada, nesses casos, ou é imediata ou não terá serventia alguma (em situações de danos ao meio-ambiente, por exemplo, isto ocorre freqüentemente).

Se é bem verdade que esse C. STF exige, em mandado de segurança coletivo, a demonstração cabal do ato violador do direito, não poderia o legislador subtrair do juiz a possibilidade de resguardar as situações que envolvem perecimento de direito, pois a salvaguarda nessas hipóteses há de ser efetiva, e não ilusória.

"Em se tratando de mandado de segurança, é imprescindível a demonstração de que o ato ilegal da autoridade prejudicou direito subjetivo, líquido e certo do impetrante, ou de seus representados, no caso de Mandado de Segurança Coletivo." (RMS 22.350, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-9-96, 1ª Turma, DJ de 8-11-96)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O que não se admite, no entanto, é a restrição ora imposta na expressão ‘só poderá’, porquanto retira do Julgador a possibilidade de resguardar as situações de perecimento de direito, em flagrante violação ao postulado da Separação dos Poderes, conforme art. 2º, da Carta Maior.

De idêntica forma, tal expressão reduz o acesso à jurisdição às situações onde o risco de lesão grave ou de difícil ou impossível reparação se mostra evidente, haja vista que a condicionante (‘só poderá’) impõe ao magistrado a oitiva, inexorável, da parte contrária, prejudicando e reduzindo a máxima efetividade conferida ao ‘mandamus’ pelo Constituinte, daí a inconstitucionalidade com o inciso XXXV do art. 5º, visto que tal vinculação amesquinha e minimiza a inafastabilidade da jurisdição, e a própria natureza do ‘mandamus’, conforme inciso LXIX.

A garantia constitucional do mandado de segurança coletivo, como exposto pela Constituição Federal no art. 5º, LXIX, não pode, em hipótese alguma, sofrer restrições ou limitações não impostas pelo próprio Constituinte, descabendo ao legislador ordinário reduzir a abrangência, o alcance e a máxima efetividade concedida ao instrumento heróico de proteção contra os abusos e ilegalidades eventualmente perpetradas pelo Poder Público.

É dizer, de outro modo, que falece competência ao legislador para diminuir, reduzir, limitar, estreitar, subjugar, minorar ou mesmo suavizar o alcance, a abrangência e a efetividade concedida pela Carta da República ao ‘writ’, de modo que a inconstitucionalidade da expressão ‘só poderá’ revela-se latente, razão pela qual requer a suspensão de sua eficácia.

2.5 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 23 – PRAZO DECADENCIAL – LIMITAÇÃO À MÁXIMA EFETIVIDADE DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL:

Na linha do que restou inicialmente exposto, descabe à lei – quando a própria Constituição não o faz nem admite expressamente sejam feitas – estabelecer restrições, inclusive quanto a prazo, para a impetração de mandado de segurança.

O art. 23 da Lei nº 12.016/09, embora ‘positive’ os termos da Súmula 632 (É constitucional Lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de Mandado de Segurança) desse C. STF, traz restrição intolerável em relação ao inciso LXIX do art. 5º, da Lei Suprema, posto que a outorga direta da prerrogativa de obter a concessão de mandado de segurança para “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”, não condiciona o exercício dessa prerrogativa à edição posterior de lei que imponha a satisfação de condições, inclusive de natureza temporal (de prazo, portanto).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ora, não se trata o mencionado inciso LXIX (do art. 5º) de norma constitucional de eficácia *restringível* (para usar a classificação de Celso Bastos e Carlos Britto¹⁸), mas de *norma imediatamente fruível e exigível, conferidora de poder-direito ou direito em sentido estrito, insuscetível de restrição*, como magnificamente explicado, em obra recentíssima, por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹; daí a inconstitucionalidade da fixação do prazo (decadencial) de 120 dias para a impetração da segurança.

A violação ao art. 5º, incisos XXXV e LXIX, é, pois, latente, pois a legislação infraconstitucional está retirando do acesso à jurisdição atos ilegais ou abusivos quando praticados há mais de 120 (cento e vinte) dias, em hipótese que nem mesmo a Constituição Federal limitou a utilização do remédio heróico.

Forçoso é, portanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 23 da Lei nº 12.016/09, na medida em que impôs restrição incompatível com a máxima efetividade advinda do mandado de segurança, além de impor limitação não prevista nem mesmo pelo Constituinte originário.

2.6 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 – EXCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

Em relação ao presente tema, o disposto no art. 25, exatamente no trecho em que exclui a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios, cuidou em tornar regra positiva entendimento jurisprudencial, cujo teor é o seguinte:

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

Não se desconhece a redação das Súmulas 512/STF²⁰ e 105/STJ²¹, tampouco a construção jurisprudencial e os fundamentos que motivou a edição de tais verbetes.

¹⁸ “Aplicabilidade e Interpretação das Normas Constitucionais”, Saraiva, SP, 1982.

¹⁹ “Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais”, Malheiros, SP, 2009, p. 25.

²⁰ NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORARIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA.

²¹ NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA NÃO SE ADMITE CONDENAÇÃO EM HONORARIOS ADVOCATICIOS.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No entanto, até então inexistia no ordenamento jurídico lei (em sentido formal e material) que excluísse da condenação do vencido os honorários advocatícios, cuja previsão no art. 20 do Código de Processo Civil, c/c artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), e fundamento constitucional no art. 133, da Carta Maior, sempre norteou a verba honorária sucumbencial nas lides forenses.

Como se sabe, quando uma sentença é prolatada em uma ação judicial, por força de lei processual, o juiz condena a parte perdedora (pessoa física ou jurídica) ao pagamento de custas e honorários advocatícios ao advogado da parte ganhadora (chamados de honorários de sucumbência, cuja previsão legal encontra-se disposta nos arts. 20, do CPC, e 23 e seguintes do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei nº 8.906/94).

Segundo o Dicionário Aurélio, a palavra sucumbir significa não resistir; ser derrotado. Assim, a parte que perdeu a ação sucumbiu frente aos argumentos e provas da parte opositora. Ao sucumbir a parte perdedora deve arcar com as custas do processo, bem como com o valor dos honorários advocatícios.

A lei processual vigente (regra) diz que o juiz estabelecerá os honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Serão observados os seguintes critérios para esse ajuste: a) grau de zelo do profissional; b) lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo decorrido até o término da ação, conforme § 3º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

O juiz, também, poderá estabelecer (exceção) nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios segundo sua apreciação equitativa, observados os critérios do parágrafo anterior. É o que dispõe o § 4º, do art. 20, do CPC. Ou seja, esta segunda modalidade de estipulação dos honorários advocatícios é a exceção à regra que estabelece que estes serão determinados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% do valor da condenação.

Todavia, as Súmulas citadas contrariavam tais dispositivos no tange à sua fixação no mandado de segurança, desconsiderando, pois, certo caráter pedagógico que a estipulação de sucumbência impõe ao vencido.

Esse C. Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.194-4-DF, fixou o entendimento de que a percepção de honorários advocatícios de sucumbência destina-se aos advogados autores de tese vencedora em determinada causa, não estabelecendo, assim, quaisquer diferenciações em relação às medidas assecuratórias utilizadas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Embora se trate de importante prerrogativa de todo e qualquer advogado, o referido acórdão diz respeito diretamente ao advogado público e ao advogado empregado vinculado a empresas privadas, tendo Sua Excelência o Ministro CELSO DE MELLO assentado que os honorários de sucumbência pertencem aos advogados, sendo possível estipulação em contrário entre empregador e empregado. Vale dizer, a regra aponta para o direito líquido e certo. A possibilidade contrária deve ser expressa em contrato ou lei.

Em apertada síntese, assim se expressou o ministro Celso de Mello:

"(...) concluo que os honorários, no caso de sucumbência, são um direito do advogado, mas que pode haver estipulação em contrário pelos contratantes".

A previsão do art. 25 da Lei nº 12.016/09 é, portanto, no entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, inconstitucional, exatamente por ofender a literalidade do art. 133, da Carta Maior.

De fato, não são recentes as campanhas de valorização do trabalho do advogado promovidas pelo Conselho Federal, juntamente com Conselhos Seccionais e, nesse jaez, da conscientização dos juízes e tribunais acerca da necessidade de fixação de honorários sucumbenciais que não sejam aviltantes à classe dos advogados.

Ao lado das preocupações cotidianas que o advogado enfrenta nos dias atuais, a exemplo de se manter atualizado da legislação, doutrina e jurisprudência, fontes de interpretação que nos últimos tempos mudam em velocidade e quantidade inigualável na história do direito, seguem inevitavelmente as concernentes aos honorários advocatícios, que lhe garantam a subsistência.

Muito embora o múnus público da profissão seja incompatível com o mercantilismo, a verba honorária é que proporciona sua manutenção, competindo ao advogado, encontrar o ponto de sustentação no equilíbrio, ao tratar desta questão.

A conscientização dos que atuam no campo do direito, em especial, a respeito da importância social do advogado, e que são os honorários que fazem vezes de seu salário, é sem dúvida, o que pode favorecer a adequação de seu valor.

No antigo direito romano era proibida a remuneração pelos serviços advocatícios, daí o significado etimológico do termo de origem 'honorarius': do que é feito ou dado por honra; direito de participar das honras; que não é pago, que não recebe retribuição. (Dicionário Houaiss).

Não obstante, nos dias atuais não são raros os casos que decisões judiciais fixam honorários sucumbenciais de forma aviltante e irrisória, meramente pro



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

forma, ou mesmo de outras que se apoiando nas Súmulas 512/STF e 105/STJ sequer os estipulam.

O antigo paradigma cultural do trabalho não remunerado, exercido por ideal, era possível quando não se vivia numa era de capitalismo, mas tende a mudar também a partir do plausível reconhecimento pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, na apreciação de uma situação de fato, concludente que, honorários advocatícios, possuem natureza alimentar.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 470.407/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, ao decidir sobre a natureza dos honorários dos advogados - para situá-los na ordem de preferência de pagamento dos créditos junto às Fazendas Públicas, conforme art. 100 da Constituição Federal – concluiu-se que estes têm natureza alimentícia, pois visam prover a subsistência dos advogados e de suas respectivas famílias.

A questão, assim, é que o dispositivo ora impugnado revela-se inconstitucional por desmerecer o trabalho dos advogados em mandado de segurança, violando, de conseqüência, o art. 133 da Constituição Federal ao proclamar que o advogado é indispensável à administração da Justiça, vez que a existência deste profissional é iniludível e depende do recebimento de honorários, que é a forma de sua remuneração.

Cândido Rangel Dinamarco destaca a importância do advogado, classificando seu exercício profissional, dentre as funções essenciais à justiça:

“Só o advogado tem capacidade postulatória plena, sendo esta um requisito indispensável para a validade do processo civil ou defesa do demandado (...).”

Essa inserção do advogado no sistema da defesa dos direitos levou o constituinte a proclamá-lo indispensável à administração da Justiça, na consideração de que sem ele é impossível a realização do processo (Const. art. 133): são nulos os atos privativos a ele, quando realizados sem sua participação (EA, art. 4º).

Sua atuação é incluída entre as funções essenciais à justiça (arts. 127 ss).

Completando essas idéias, o Estatuto da Advocacia proclama que em seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º).”

(DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – Editora: Malheiros. 4ª edição – 2003. Pág. 695/6).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De pontuar a relevância deste reconhecimento constitucional e da lei especial, que naturalmente não teve por fim constituir uma casta profissional, mas está indissociavelmente atado às garantias e direitos individuais e sociais, quando estes direitos são ameaçados ou violados por ato de autoridade pública, já que o advogado dispõe de recursos técnicos para, no manejo dos instrumentos processuais adequados, trabalhar para solucioná-los através do Judiciário.

O árduo processo de valorização do trabalho do advogado e sua indispensabilidade à administração da Justiça, na exata dicção do art. 133, da CF/88, passa, necessariamente, pela fixação da sucumbência, sob pena de retirar desse instituto o caráter pedagógico e impeditivo de aventuras jurídicas, que a cada dia assoberbam o Poder Judiciário.

Tanto é verdade que pesquisa recente demonstrou que o Poder Público é o maior demandante em todos os tribunais do país, e em matéria de mandado de segurança (cujo escopo destina-se a proteger direito líquido e certo) não é crível, tampouco razoável, que o jurisdicionado tenha que contratar advogado para se defender de ato abusivo ou ilegal de autoridade pública e aquele não sofra nem tipo de penalização, caso vencido.

Ora, se o Poder Público viola direito líquido e certo do jurisdicionado, e este necessita contratar advogado para defender seus interesses e ver reconhecida, judicialmente, a ilegalidade ou abusividade perpetrada, é indiscutível a inconstitucionalidade do art. 25 ora impugnado, posto que a condenação do vencido na verba sucumbencial é consequência natural e inexorável de toda a qualquer lide.

Não deve o Poder Público, nessas situações de cometimento de ilegalidade ou abusividade, não amparadas por habeas corpus ou habeas data, e diante do reconhecimento judicial do direito líquido e certo do jurisdicionado, sair ileso à tal contenda.

Nesse contexto, a verba sucumbencial tem por escopo o necessário caráter pedagógico que exsurge de toda e qualquer lide, posto que não é justo que aquele que se vir atingido por ato ilegal ou abusivo da autoridade pública deve arcar, integralmente, com os honorários do seu advogado, enquanto ao Estado nenhuma penalidade pecuniária se imporá, ainda que sob a forma de honorários sucumbenciais. Este, assim, se enriquece indevidamente.

Pede-se, com tais considerações, a declaração de inconstitucionalidade do art. 25, da Lei nº 12.016/09, no trecho que exclui a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência, por manifesta contrariedade ao art. 133, da Carta da República, suspendendo-se, pois, a eficácia do dispositivo.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

3 - DO PEDIDO CAUTELAR:

Todos os graves danos à ordem jurídica constitucional indicados no item 2 estão ocorrendo desde 10/08/2009 (data da publicação da Lei nº 12.016/09 no Diário Oficial da União).

Não existe tempo processualmente hábil para a espera do julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade, de modo que qualquer fator de espera somente fará perpetuar o presente estado de grave inconstitucionalidade e de violação à máxima efetividade concedida pela Carta da República ao Mandado de Segurança.

Todo esse quadro está a justificar a concessão da medida cautelar, suspendendo a eficácia dos dispositivos ora combatidos, até o julgamento definitivo da presente ação.

4 - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) a notificação da **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, e da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração da **Lei nº 12.016, de 07/08/2009**, ora questionada, manifeste-se, querendo, no prazo de cinco dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, para suspender a eficácia dos dispositivos legais (§2º do art. 1º, inciso III e parágrafo 2º do art. 7º, § 2º do art. 22, art. 23 e art. 25), até o julgamento do mérito;

c) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

e) a procedência do pedido de mérito, para que seja **declarada a inconstitucionalidade** do §2º do art. 1º, inciso III e parágrafo 2º do art. 7º, § 2º do art. 22, art. 23 e art. 25, dispositivos da Lei nº 12.016/09 ou, acaso não atendido esse pleito, que seja conferida interpretação conforme à Constituição Federal 1988, de modo a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 14 de setembro de 2009.

Gezar Britto
Presidente do Conselho Federal da
OAB

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Junior
OAB/DF 16.275

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS ANEXOS

- DOCUMENTO 01 – Certidão de decisão plenária do Conselho Federal da OAB tomada no processo nº 2009.18.06502-01;
- DOCUMENTO 02 – Ata de posse da atual diretoria do Conselho Federal da OAB;
- DOCUMENTO 03 – Texto Integral da Lei 12.016/09;
- DOCUMENTO 04 – Parecer do Conselheiro Federal Valmir Pontes;



Confederação Nacional da Indústria

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI**, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, SBN - Quadra 1 - Bloco "C" - Edifício Roberto Simonsen, por seus advogados (Doc.01), vem, com apoio nos artigos 102, inciso I, alínea "a" e 103, inciso IX da Constituição Federal e no artigo 2º, inciso IX, da Lei nº.9.868/99, propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
(com pedido de liminar),**

tendo por objeto o **parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997**, acrescentado pelo artigo 25 da Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, nos termos seguintes:

I - DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por escopo obter a declaração de inconstitucionalidade, por vícios formal e material, do dispositivo normativo impugnado, que ora é transcrito:



Confederação Nacional da Indústria

Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012

Art. 25. A Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

II - SÍNTESE INICIAL

A Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997 regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívidas.

Por intermédio da Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, publicada no Diário Oficial da União – DOU, de 28 de dezembro de 2012, foi introduzido o acima transcrito parágrafo único no artigo 1º da Lei nº 9.497/97, o qual veio expressamente contemplar, no rol dos títulos sujeitos a protesto, as certidões de dívida ativa (CDA) da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

É relevante ressaltar que a indigitada Lei nº 12.767/2012 foi fruto de conversão da Medida Provisória – MP nº 577/2012, que juntamente com a Medida Provisória – MP nº 579/2012, promoveu alterações nas regras do setor elétrico, visando à redução do custo da energia elétrica ao consumidor final.

Afigura-se, entretanto, com vícios formal e material de constitucionalidade o aludido artigo 25 da Lei nº 12.767/2012, que introduziu o parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 9.492/1997, como adiante será articulado.



Confederação Nacional da Indústria

III - DA LEGITIMAÇÃO DA AUTORA: O OBJETO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE GUARDA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A ATIVIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA CNI

Conforme se demonstrará no curso desta petição, o dispositivo normativo introduzido na Lei nº 9.492/97, pelo artigo 25 da Lei nº 12.767/2012, viola diversos dispositivos da Constituição Federal, devendo, por isso, ser declarado inconstitucional.

Esse dispositivo normativo ora impugnado atinge direitos de todos os devedores, pessoas naturais e jurídicas, particularmente dos empresários e sociedades empresárias industriais representadas pela CNI, que têm débitos, ou supostos débitos e, portanto, passíveis de discussão, com os entes tributantes declinados na norma.

Consequentemente, esta Confederação, como entidade de grau superior com representatividade de âmbito nacional, está legitimada à propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal.

IV – DA INCONSTITUCIONALIDADE POR VÍCIO FORMAL

Consoante fora acima deduzido, a introdução do parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 9.492/97 foi decorrente do estatuído no artigo 25 da Lei nº 12.767/2012, que foi fruto da conversão da Medida Provisória – MP nº 577/2012.

Nessa conversão, foi incluída matéria estranha àquela tratada no corpo da Medida Provisória originária, a qual se destinava a tratar da extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica.

Desse modo, o artigo 25 da lei nº 12.767/12, como de resto se pode considerar todo seu corpo normativo, é manifestamente inconstitucional desde o seu



Confederação Nacional da Indústria

nascimento, porquanto inquinado de insuperável vício formal, por ofensa ao devido processo legislativo (CF, artigos 59 e 62), bem como por atentar contra o princípio da separação dos poderes (CF, artigo 2º), por conta de sua explícita falta de sintonia e pertinência temática como tema da Medida Provisória – MP nº 577/2012.

Nesse sentido já se manifestou essa Suprema Corte, em decisão assim ementada:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO – INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, “*IN FINE*”) – OFERECIMENTO E APROVAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES – AUMENTO DA DESPESA ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA ORIGINAL, MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS CONSTANTES DO PROJETO INICIAL – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO “*PERICULUM IN MORA*” – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- O poder de emendar projetos de lei – que se reveste de natureza eminentemente constitucional - qualifica-se como prerrogativa de ordem político jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 – RTJ 37/113 – RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa (ADI 865/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), desde que – respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República – as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º da Carta Política. Doutrina. Jurisprudência.

- Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma legislativo estadual impugnado neste desse de fiscalização normativa abstrata. (O grifo é nosso) (Medida Cautelar em



Confederação Nacional da Indústria

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.050-6 Santa Catarina, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21.09.1994).

Portanto, diante da clara ausência de relação de pertinência com a proposição originária, a que necessariamente deve aderir, tem-se por evidenciado o seu vício formal de constitucionalidade, pois o poder de emendar do Parlamento é limitado, devendo guardar afinidade lógica com a proposição emanada do Poder Executivo.

V – DA INCONSTITUCIONALIDADE POR VÍCIO MATERIAL

V.1 – O PROTESTO, SUA FINALIDADE E SUA UTILIZAÇÃO PELO FISCO.

De plano, vê-se que a regra tida por inconstitucional emerge como mais um artifício extrajudicial para pressionar os devedores ou supostos devedores do Fisco a quitar os seus débitos, apesar de a Fazenda já dispor de meios judiciais especiais e próprios para esse fim. Mais um superprivilégio é criado, sem que o protesto, nesse caso, constitua elemento necessário à perfectibilização do título executivo, cuja constituição vem assegurada, na forma da lei, através de um processo administrativo próprio, ou realize qualquer outra de suas funções conservatórias ou assecuratórias de direito.

Com efeito, a gênese do protesto assenta-se na necessidade de se obter prova de um certo ato negocial que se realizou, reservadamente, entre o devedor e o credor. Surgiu e evoluiu, portanto, no interesse privado do crédito, com vista a comprovar, de modo oficial, público e solene, a exigência do cumprimento de obrigações cambiárias, constituindo-se, em última análise, prova plena (Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 2º vol., Saraiva, 25ª edição, 2008, p. 447).

A finalidade do protesto é, pois, a de constituir meio de prova da apresentação do título de crédito ao devedor para pagamento ou aceite e de que, apesar da diligência, não logrou o seu portador ou este ou aquele. O protesto cambiário



Confederação Nacional da Indústria

destina-se, portanto, a fim específico: assegurar direito de regresso em face dos coobrigados cambiais ou conferir força executiva ao título, suprindo, neste caso, a falta do aceite (como na hipótese da duplicata, artigo 15, II da Lei nº. 5.474/68).

A essa função clássica somou-se, com o advento do Código Civil de 2002, mais uma: causa interruptiva da prescrição (artigo 202, III).

Além do protesto comum ou cambial (cambiário), com ele convivia e convive, no mundo jurídico, o protesto especial ou falimentar, instrumento que tem por objetivo comprovar a impontualidade do devedor empresário para fins de requerimento de sua falência (artigo 94, I e seu § 3º, da Lei nº. 11.101/2005).

No elastério trazido pela norma que se extrai do *caput* do artigo 1º da Lei nº. 9.492/97, passou o protesto a servir também para comprovar o inadimplemento de obrigações constantes de títulos de dívida em geral. Surgia, assim, ao lado dos clássicos protestos cambial e especial, mais uma espécie, espécie essa que se tem denominado de protesto genérico. Seu escopo central é, pois, o de tornar pública a impontualidade do devedor no pagamento de títulos de dívida em geral, acarretando-lhe abalo de crédito, com o claro propósito de coagi-lo a pagar, finalidade essa que, secundariamente, já exerciam os protestos comum e falimentar.

Logo se percebe que o protesto da Certidão de Dívida Ativa - CDA não tem qualquer afinidade com os institutos dos protestos comum e falencial. A CDA não traduz, em seu bojo, figuras de coobrigados e, por outro lado, já tem força executiva, derivada da própria lei, razão pela qual o protesto ser-lhe-ia inócuo para uma dessas finalidades.

Tampouco útil seria o fim falimentar, porquanto a iniciativa da Fazenda Pública na ação de falência tem sido repudiada incisivamente pela jurisprudência cristalizada no Superior Tribunal de Justiça - STJ (por todas, vide decisão da 2ª Seção, no Recurso Especial nº. 164.389/MG), por evidente falta de interesse em agir.



Confederação Nacional da Indústria

O protesto da CDA só serviria como meio de coação do devedor a pagar, o chamado "protesto execução", que, diante do abalo e restrição do crédito do protestado, funcionaria como elemento de pressão. Daí não ser nem ética nem juridicamente justificável a utilização deste instrumento pelo Poder Público que, como se disse, já dispõe de todo um sistema de proteção e privilégio na cobrança do seu crédito.

Caracteriza, assim, um abuso a utilização deste expediente pela Fazenda, criando mais entrave para os particulares devedores que, ao quitarem ulteriormente o débito, teriam que o superar para "limpar o nome" e, assim, obter certidão negativa que os habilite regularmente a realizar transações.

V.2 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO PELO FISCO.

Impende de logo anotar que, à luz do estatuído no artigo 201 do Código Tributário Nacional - CTN, a presunção de liquidez e certeza do crédito tributário regularmente inscrito em Dívida Ativa encontra fundamentado no regular processo administrativo no qual tenha sido aquele crédito apurado.

A liquidez e certeza, fundamentos para a cobrança executiva do crédito tributário, independe do protesto ou de qualquer outro ato acessório. Decorre, repita-se, de regular processo administrativo.

Daí ser peremptório o artigo 204 do CTN, declarando que a dívida regularmente inscrita goza de presunção-relativa de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. E a sua cobrança, de forma executiva, se realiza nos moldes da Lei nº 6.830/80, constituindo a CDA título executivo extrajudicial.

Não sucede inoportuno sublinhar que a Fazenda desfruta, ainda, de uma garantia adicional e única para assegurar a satisfação do seu crédito: o arrolamento de



Confederação Nacional da Indústria

bens, disciplinado pelos artigos 64 e 64-A da Lei nº. 9.532/97. Faculta-se, assim, à autoridade fiscal competente proceder ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido o qual, na falta de outros elementos indicativos, será considerado como o valor constante de sua última declaração de rendimentos apresentada, a que a Fazenda tem irrestrito e exclusivo acesso.

E mais, a formação da CDA não segue o parâmetro ordinário que orienta a formação dos demais títulos executivos em geral: a manifestação volitiva do devedor. A CDA deriva de uma obrigação de natureza compulsória, vale dizer, *ex lege*.

Portanto, o protesto da CDA não se presta a traduzir meio de prova para o exercício de direitos, pois não vai assegurar direito de regresso em face de coobrigados - o que só se verifica em relação aos títulos cambiais e a maior parte dos cambiariformes -, nem vai se constituir em requisito para conferir força executiva ao título, pois esta já deriva da própria lei. Muito menos para atestar a impontualidade para fins falimentares, pois é obstado ao Fisco o pedido de falência do devedor empresário.

Nem se diga que o protesto da CDA poderia servir de exercício à nova função que o Código Civil de 2002 atribuiu ao protesto: o de interromper a prescrição (artigo 202, III). Por ser a obrigação tributária *ex lege*, o seu prazo não pode ser alterado pela mera inércia do credor. O protesto não aproveitaria o Fisco como instrumento de interrupção de prescrição, cujo prazo contínuo não se pode interromper por atos e ações extrajudiciais. Ademais, vale o registro de que o protesto interruptivo de prescrição é o cambial, na direta dicção do inciso III, do artigo 202 do Código Civil, qualidade que o protesto da CDA não tem, sendo ele o protesto genérico anteriormente referido.



Confederação Nacional da Indústria

O protesto também não se mostra necessário à constituição em mora do devedor para fins de fluência dos juros moratórios, pois sua disciplina já se tem na regra do artigo 161 do CTN.

Portanto, a utilização do protesto pela Fazenda teria o único propósito de funcionar como meio coativo de cobrança da dívida tributária, procedimento esse que revela verdadeira sanção política. Usar o protesto com tal escopo, então, é mera forma de execução indireta, à margem do devido processo legal, à revelia, portanto, do artigo 5º, XXXV, da CRFB.

Emerge, assim, o protesto de CDA como claro exemplo de desvio de finalidade, de uso de meio inadequado e desnecessário à finalidade para a qual o protesto, em tese, se destina. Revela, em outros termos, a sua utilização pelo Fisco, incontroverso abuso de direito, não traduzindo, nem de longe, o meio menos gravoso para a satisfação da dívida que já goza, como se apontou, de meios próprios para a sua execução, com garantias e privilégios suficientes, não traduzindo em qualquer proveito legal para a Fazenda Pública, mas sim odioso embaraço e constrangimento para o devedor.

E a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem, há tempos, reprimido práticas similares, como se depreende dos seguintes verbetes:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Desse modo, a utilização de meios indiretos, coercitivos, restritivos de direitos fundamentais dos cidadãos-contribuintes, sem guardar qualquer relação com o



Confederação Nacional da Indústria

tributo, usado como forma oblíqua de sua cobrança, à margem do devido processo legal, constitui ferimento direto ao artigo 5º, XXXV da CF.

E o protesto da CDA é um claro exemplo de desvio de finalidade, de utilização de meio inadequado e desnecessário à finalidade a qual esse instituto se destina, como já se registrou, violando, ademais, o princípio constitucional da proporcionalidade.

E isso porque no protesto de CDA, como acima já aduzido, não há compatibilidade entre o meio e o fim, do mesmo modo que a sua desnecessidade é patente, na medida em que, notoriamente, há meios alternativos que podem promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais do contribuinte.

Para mais, considerando a restrição às atividades do devedor que o protesto é capaz de provocar, em razão da publicidade de uma suposta impontualidade no cumprimento da obrigação, geradora, como notório, de uma restrição do crédito comercial, o protesto da CDA estaria a afrontar os postulados constitucionais que visam a assegurar a livre prática de atividade econômica lícita (parágrafo único do art. 170 da CRFB) e a liberdade do exercício profissional (artigo 5º, XIII, da CRFB).

Como já se posicionou essa Suprema Corte, por seu Tribunal Pleno, no julgamento do RE nº. 413.782-8, com destaque para o voto do Ministro Celso de Mello, a imposição, pelo Fisco, de restrições de índole punitiva, quando fundada tal limitação pela simples inadimplência do contribuinte, revela-se em desconformidade com as liberdades públicas antes referenciadas. E isso se evidencia no protesto da CDA o qual, ao criar restrições ao crédito do contribuinte empresário, embaraça a sua atividade, podendo, diante da falta de crédito, levá-lo à completa estagnação, provocando, por via oblíqua, a sua falência.



Confederação Nacional da Indústria

E, nesse sentido, essas restrições impostas pelo protesto da CDA, levadas a efeito pelo Poder Público, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar tributos e que culminam, em função do caráter gravoso e indireto de coerção de que se vale o Estado, por potencialmente inviabilizar o crédito comercial do devedor e, em última análise, a sua própria atividade econômica lícita, acabam também por negar vigência aos comandos constitucionais situados nos artigos 170, III e 174.

Com efeito, é princípio constitucional incontroverso o da preservação da empresa, fonte de inúmeros dividendos sociais, e é papel constitucionalmente deferido ao Estado pela Lei Maior a sua atuação como incentivador da atividade econômica. Esse papel traz a ideia do Estado promotor da economia. Configura, como se tem testemunhado em doutrina, o tradicional fomento, concernente em apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral (cf. José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros Editora, 8ª ed., 2012, p.176).

Pois bem, o caso do protesto de CDA, com o escopo de dele extrair a sua sabida consequência de restringir o crédito do protestado, podendo inviabilizar, sem o necessário crédito (mola a impulsionar o mundo empresarial) a atividade econômica lícita por ele desempenhada, conspira contrariamente com aqueles fins definidos nos artigos 174 e 170, III da CF.

No mais, eventual argumento de que o protesto, ainda que com única finalidade de cobrança, pode ser promovido pelo credor particular, em nada serve para arrimar a pretensão da Fazenda. Ao revés, esse é um argumento que violaria o princípio constitucional da isonomia, pois estar-se-ia igualando situações desiguais.

Como se registrou, ao Fisco já vem deferida toda uma situação peculiar e exclusiva para a formação e exigibilidade de seu crédito, munindo-o de especiais instrumentos que o particular não desfruta. Sem falar, por obvio, nos papéis que a



Confederação Nacional da Indústria

Constituição Federal comete ao Estado e não aos particulares, suficientes para moldar a ação Estatal como incentivadora e promotora da atividade econômica.

VI - SÍNTESE CONCLUSIVA

Os fundamentos acima deduzidos servem para demonstrar que o dispositivo normativo do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº. 9.492/97, acrescentado pelo artigo 25 da Lei nº. 12.767/2012, é a toda evidência inconstitucional.

Inconstitucionalidade que deriva de vício de forma por clara ausência de sintonia e pertinência temática com a Medida Provisória nº 577/12, convertida na Lei nº 12.767/2012, afrontando o devido processo legislativo, bem como o princípio da separação dos poderes e, dessa forma, vulnerando os artigos 2º, 59 e 62 da CF.

Inconstitucionalidade que decorre, também, de vício material, por afrontar os artigos 5º, incisos XIII e XXXV; 170, inciso III e parágrafo único; e 174, todos da CF e, ainda, o princípio constitucional da proporcionalidade, restando incontroverso o nexo de pertinência da CNI para a propositura desta ação.

VII - DA MEDIDA CAUTELAR

A tutela jurisdicional cautelar se impõe de imediato, pois estão presentes os requisitos necessários ao deferimento para a concessão da liminar.

Os vícios de inconstitucionalidade apontados, com clareza, denotam a existência do *fumus boni iuris*.

Quanto ao *periculum in mora*, milhares de contribuintes ficam expostos aos nefastos efeitos desse protesto abusivo e inconstitucional, sofrendo indevida e odiosa sanção política que os coage ao pagamento de tributos, mesmo os passíveis de



Confederação Nacional da Indústria

discussão, de modo a evitar a restrição do crédito comercial ou de modo a fazer com que esta venha a cessar, quando já lavrado o protesto.

Dessa forma, o preceito impugnado causa aos devedores do Fisco lesão enorme de difícilíssima reparação, além de totalmente desproporcional.

Sobreleva, assim, a urgência do provimento jurisdicional cautelar, para imediata suspensão dos efeitos do malsinado dispositivo, a fim de garantir a ulterior eficácia da decisão.

Desse modo, com base no artigo 170, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e do artigo 10 da Lei 9.868/99, requer o deferimento liminar de medida cautelar, no sentido de que seja suspensa a vigência da norma cuja inconstitucionalidade ora se argui, até que seja definitivamente julgado o pedido formulado na presente ação.

VIII - DO PEDIDO

Em face de todo o exposto, distribuída e autuada a presente, a Confederação Nacional da Indústria - CNI, respeitosamente, requer a essa Excelsa Corte que, após concedida a Medida Liminar suspendendo a eficácia do dispositivo impugnado, sejam solicitadas informações às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo citado o Advogado Geral da União e ouvido o Procurador Geral da República e, afinal, seja julgado em caráter definitivo o pedido formulado na presente ação, a fim de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único no artigo 1º da Lei nº 9.492/1997, com a redação dada pelo artigo 25 da Lei nº 12.767/2012, confirmando a liminar.

A CNI protesta, ademais, pela juntada dos documentos anexos e pela oportuna juntada de outros que se façam necessários para a perfeita demonstração



Confederação Nacional da Indústria

dos fatos e fundamentos aqui expostos. Protesta, também, pela realização de sustentação oral, com fundamento no art. 131 do RISTF.

A CNI requer, por último, que as publicações sejam feitas em nome dos signatários abaixo identificados, os quais deverão ser intimados no SBN, quadra 1, bloco C, 13º andar, Brasília/DF.

Atribui-se ao feito o valor de R\$ 1.000,00.

E. Deferimento.

Brasília, 6 de junho de 2014

CASSIO AUGUSTO BORGES

OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A

SÉRGIO CAMPINHO

OAB/RJ 55.174 E OAB/DF 20.059-A