

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO**

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

ÉRIKO SCARELLI DA SILVA

São Paulo
2016

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO**

ÉRIKO SCARELLI DA SILVA

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Monografia interdisciplinar orientada pelo professor Bráulio Bata Simões, disciplina de Direito Processual Tributário, do curso de Especialização.

São Paulo
2016

RESUMO

O Mandado de Segurança Tributário consiste em ação constitucional que visa a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* contra ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade pública ou particular no exercício de funções públicas. Dessa forma, apresentaremos no presente trabalho o desenvolvimento do *writ* no sistema jurídico brasileiro e sua utilização prática na defesa de contribuintes contra as ilegalidades praticadas pela Fazenda Pública, desde a sua impetração até a sentença final transitada em julgado conforme será demonstrado nos capítulos a seguir.

ABSTRACT

The Tax Injunction consists of constitutional action which aims to clear legal right protection that is not protected by *habeas corpus* or *habeas data* against illegality or abuse of power committed by public or private authority with the exercise of public functions. In this way, we present in this paper the development of the *writ* in the Brazilian legal system and its practical use in defending taxpayers against the illegalities committed by the Treasury since its initial petition, to final *res judicata* sentence as will be demonstrated on the next chapters.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPITULO I – O aspecto histórico do mandado de segurança	9
1. A história do mandado de segurança de segurança de segurança	9
1.1. Conceito e origem do mandado de segurança no brasil no Brasil	11
1.2. O mandado de segurança na constituição de 1988	18
1.3. A Lei Nº 12.016 de 07 de agosto de 2009	21
CAPITULO II – A natureza jurídica da ação mandamental	25
2. O conceito doutrinário do mandado de segurança	25
2.1. As condições da ação e os pressupostos processuais do mandado de segurança.....	28
2.2. O conceito doutrinário de direito liquido e certo	31
2.3. Ilegalidade ou abuso de poder	34
2.4. O prazo para impetração do mandado de segurança	36
2.5. A liminar no mandado de segurança	38
2.6. A eficácia da sentença	40
CAPITULO III – O mandado de segurança no processo tributário	44
3. Princípios aplicáveis ao processo tributário	44
3.1. Cabimento da ação mandamental em matéria tributária	46
3.2. Sujeitos da relação processual	48
3.2.1. Sujeito Ativo (Impetrante).....	49
3.2.1. Sujeito Passivo (Impetrado)	50
3.3. As modalidades do mandado de segurança	52

3.3.1. O Mandado de Segurança Repressivo	52
3.3.2. O Mandado de Segurança Preventivo	53
3.4. O mandado de segurança coletivo tributário.....	54
3.5. A liminar e a suspensão do crédito tributário.....	55
3.6. A sentença no mandado de segurança tributário	57
CONCLUSÕES	60
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O mandado de segurança consiste em um remédio constitucional visando corrigir possíveis ilegalidades ou abusos de poder praticados contra o indivíduo no exercício de seus direitos e garantias, estipulados na própria Constituição da República conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXIX.

Em matéria tributária, o presente *writ* é de extrema utilidade na defesa dos interesses dos contribuintes que vêm seus direitos e garantias ameaçados por cobranças indevidas perpetradas pela Fazenda Pública, em todas suas esferas, ou seja, Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

Nesse sentido, o Mandado de Segurança Tributário é um dos instrumentos mais utilizados no sistema processual tributário para a defesa dos interesses do contribuinte (sujeito ativo) contra ilegalidades e abusos de poder praticados pela Administração Tributária (sujeito passivo), considerando que os direitos pleiteados na ação mandamental devem ser líquidos e certos, ou seja, são aqueles direitos que podem ser provados de plano na inicial do mandado de segurança por via documental, como será demonstrado no presente trabalho.

Assim, a título de exemplo, a ação poderá visar a defesa de um contribuinte quando a cobrança de um tributo se mostrar manifestamente em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, ou mesmo quando a Fazenda Pública negar direito a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior, por ato ilegal do agente público a serviço da administração.

Nesta linha, os capítulos a seguir visarão explicar a origem do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, considerando sua instituição no direito comparado até sua atual disciplina conforme dispõe a Lei n. 12.016 de 2009 (Lei do Mandado de Segurança) e o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 2015).

O presente trabalho busca, também, esclarecer todas as vertentes abordadas pelo mandado de segurança em matéria tributária, demonstrando de forma objetiva os conceitos do *writ*, sua utilização no sistema processual tributário brasileiro, bem como os requisitos para sua impetração, a definição do sujeito ativo (Impetrante) e definição daqueles sujeitos que podem figurar no polo passivo da demanda

(Impetrado).

Abordaremos ainda, o prazo para utilização do mandado de segurança, demonstrando de forma sucinta, o momento em que o contribuinte toma conhecimento do ato ilegal praticado pela Fazenda Pública até o prazo final para impetração da ação. Além de estudarmos as modalidades do *writ*, quais sejam, o mandado de segurança repressivo e mandado de segurança preventivo.

Por fim, o trabalho demonstrará de forma clara e objetiva todo o procedimento necessário para a utilização do mandado de segurança na defesa dos interesses dos contribuintes, abordando temas como o direito líquido e certo, requisitos da ação, sujeitos, concessão de medida liminar e a sentença que poderá conceder ou denegar a segurança.

CAPITULO I

O ASPECTO HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA

1. A HISTÓRIA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Importante estudo, ainda que breve, deve ser feito em relação à evolução histórica do mandado de segurança, analisando o Direito Comparado, onde serviu de inspiração ao legislador brasileiro ao desenvolver os remédios constitucionais a fim de combater as arbitrariedades e abusos da Administração Pública, bem como de seus representantes, face ao exercício de direito daqueles que sofrerem com tais excessos, resguardando assim as prerrogativas inerentes a tais direitos.

Nesse sentido, podemos entender que o mandado de segurança está intrinsicamente ligado à ideia de liberdade e imposição de limites contra as injustiças cometidas pelo Estado. Assim, o fortalecimento dos direitos individuais, sociais e difusos na institucionalização do Estado Moderno serviu de parâmetro à limitação dos Poderes Estatais na medida em que a preocupação jurídica vislumbrou o crescente desenvolvimento dos direitos do homem.

Diante de tais perspectivas devemos ressaltar que foi na Revolução Francesa que a luta pelos direitos individuais dos governados começou a estabelecer limites aos abusos cometidos pelos governantes, onde em tais situações, a luta pela desestruturação da hierarquia real tomou forma, institucionalizando os direitos naturais das pessoas.

Porém, foi nos Estados Unidos que primeiramente foram introduzidos meios eficazes a fim de tutelar os direitos dos homens contra as arbitrariedades cometidas pelo Poder Público. Dessa forma, foi no governo norte-americano que surgiu um instrumento próprio assegurando a ideia de liberdades individuais e garantindo a proteção dos direitos daqueles que eram vítimas dos desmandos de autoridades públicas, impondo, conseqüentemente, limites aos poderes estatais.

O *mandamus* criado pelo sistema americano, era originariamente conhecido como *extraordinary remedy*, com o propósito de corrigir erros judiciários, conforme ensina o Ministro Luiz Fux, em sua obra “O Mandado de Segurança”:

Originalmente, o *mandamus* era concebido como o *extraordinary remedy* cabível para corrigir erros judiciários. Regulado pelas *Sections 13 and 14 of the Judiciary Act of 1789*, o *writ* era o meio pelo qual o tribunal poderia compelir outro colegiado inferior a decidir uma causa pendente, mas não consistia em instrumento adequado a servir de recurso. Cabe ressaltar que nos Estados Unidos prevalecia, até então, o entendimento de que as decisões judiciais só se tornavam recorríveis no pronunciamento da decisão final da causa. (FUX, Luiz)

Da eficiência norte-americana em institucionalizar instrumentos capazes de proteger direitos individuais surgiram os *writs* (documentos de garantias individuais), como a Magna Carta e o *Bill of Rights*¹ que nesse prisma tiveram origem inglesa, visando a proteção de direitos lesados pelo Estado e até mesmo por particulares, cuja reparação não suporta outros meios adequados, desempenhando dessa maneira uma função ainda mais ampla que o próprio mandado de segurança.

Em que pese a controvérsia quanto a origem do *mandamus* inglês, este instrumento parece ter sido criado inicialmente no século XVI como remédio judicial utilizado por autoridades públicas a fim de serem reintegradas aos cargos dos quais haviam sido ilicitamente removidas. Em tais circunstâncias era apresentada uma petição à “*Court of Kings Bench*”. Porém, foi no início do século XVIII que o *mandamus* passou a ser utilizado para conter os abusos e arbitrariedades cometidos por tribunais inferiores, além de ordenar o cumprimento de atos negligenciados em sua competência.

Com o avanço das posturas governamentais diante do que chamamos Estado

1

☐ *Writ* é um mandamento, uma ordem, para que a autoridade competente cumpra a lei, faça ou deixe de fazer alguma coisa; mandamento este proferido pelo órgão jurisdicional. *Bill of Rights* (inglês para “Carta” ou “Lista de Direitos, surgida no Reino Unido, e refere-se à Declaração de Direitos, que era uma proposta de lei, aprovada pelo Parlamento em 1689. O Parlamento britânico definiu que nenhuma lei, ou alguma outra coisa desse tipo deveria passar pelo Parlamento, definiu também que nenhum dos discursos feitos nos debates no Parlamento deveriam ser examinados em nenhuma Corte nem em outro lugar a não ser no Parlamento (art.9º). O predomínio da burguesia no parlamento criou as condições necessárias ao avanço da industrialização e do capitalismo, no decorrer dos séculos XVIII e XIX.

Moderno, necessário fez-se criar normas e regulamentos a fim de resguardar as conquistas até então alcançadas em termos de garantias e direitos daqueles que se viam em situação inferior ao Poder Público.

Desse modo, seguindo a ideia desenvolvida por Montesquieu na obra o *Espírito das leis*, no qual determina a divisão do Poder do Estado em três (legislativo, executivo e judiciário), implantou-se a declaração dos direitos e a limitação das ações praticadas com abuso ou autoritarismo pelas entidades públicas, surgindo o direito constitucional com o objetivo de elucidação dos elementos conceituais capazes de fornecer a devida eloquência à organização do Estado segundo os direitos e garantias individuais.

Assim, analisando a linha histórica da evolução dos direitos individuais, ensina a Professora Teresa Arruda Alvin Wambier, que a tripartição de poderes não foi o único limitador de poder do Estado, mas também a criação de direitos e garantias fundamentais se prestaram para este fim:

Correlatamente a este mecanismo de se tripartirem as funções que se têm tradicionalmente considerado como inerentes e conaturais ao Poder, e às regras que limitam e traçam o perfil preciso do âmbito de atuação do Estado, há, também, um conjunto de garantias e direitos individuais. Não houvesse este segundo conjunto, as idéias, que teriam levado à criação do primeiro, contariam com pouco apoio para serem levadas a efeito, concretizando-se. Esses direitos e garantias figuram, no contexto do Estado de Direito, como uma forma de se evitar sejam desbordados os limites e padrões previamente estabelecidos, dentro dos quais deve conter-se a atuação estatal. (ARRUDA, Teresa, 1989)

Diante de tais fatos é fácil compreender que o mandado de segurança foi um instrumento processual criado com a finalidade de proteger os direitos e garantias dos indivíduos, opondo-os ao Estado quando este viola tais preceitos, garantindo dessa maneira um efetivo sistema protetor de tais garantias.

1.1. CONCEITO E ORIGEM DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL NO

BRASIL

No Brasil o mandado de segurança tomou contornos diante da evolução doutrinária referente ao “*habeas corpus*” e à “*teoria geral das posses pessoais*”, regulado pela Constituição de 1891, onde o instituto não se restringia somente à proteção do direito de locomoção, mas também compreendendo qualquer direito individual lesionado ou na eminência de sê-lo por ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública, conforme se extrai do § 2.º do art. 72 da referida Constituição, que assegurava aos brasileiros e estrangeiros por meio do “*habeas corpus*” a proteção dos seus direitos individuais quando estes sofriam ou estavam na iminência de sofrer abusos ou ilegalidades perante o poder público.

Ruy Barbosa era o maior defensor da aplicação do “*habeas corpus*” como instrumento próprio para proteger qualquer direito individual que fosse lesionado ou estava na iminência de sê-lo, conforme se extrai de suas palavras:

Desde que a Constituição não particularizou os direitos, que, com o *habeas corpus*, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações. (ARRUDA, Teresa, 1989)

O instituto do “*habeas corpus*” entretanto teve seus efeitos restringidos pela Suprema Corte da época devido a tese doutrinária que entendia ser um instrumento histórico utilizado apenas para defender a liberdade de locomoção, reduzindo dessa forma o seu alcance.

Diante do entendimento acima colacionado, a Constituição de 1926 veio normatizar a restrição imposta aos limites dos direitos tutelados pelo “*habeas corpus*”, conforme se extrai das palavras do professor Celso Agrícola Barbi colacionadas abaixo:

“A reforma constitucional de 1926 veio, porém, restringir o campo de atuação do *habeas corpus*, confinando-o nos limites de sua estruturação clássica” (BARBOSA, Ruy. 1934)

Diante da reforma constitucional de 1926, a qual restringiu os limites do *habeas corpus* apenas aos casos de constrangimento corporal surgiu a necessidade de se criar um instrumento capaz de tutelar os direitos individuais que não eram abarcados pelo referido *writ*. Assim, no mesmo ano foram apresentados diversos projetos que serviriam à proteção dos direitos líquidos e certos que sofreram abusos e ilegalidades cometidos pelo Poder Público. Contudo, tais projetos foram rejeitados em razão do conturbado contexto político social que o país vivenciava na época, culminando na Revolução de 1930.

Em 1934 quando o assunto voltou a ser abordado nas Casas Legislativas, o Anteprojeto Constitucional do mandado de segurança foi apresentado por João Mangabeira, que instrumentalizou o *mandamus* da seguinte maneira:

Toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um mandado de segurança. O Juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de 72 horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o pedido legal, expedirá o mandado ou proibindo esta de praticar o ato ou ordenando-lhe de restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário (MANGABEIRA, João.)

Conforme tais conceitos, a Constituição de 1934 instituiu o remédio constitucional conhecido como mandado de segurança, visando resguardar os direitos e garantias não amparados por “*habeas corpus*” contra os abusos cometidos por autoridades públicas em seu artigo 113, § 33, com a seguinte redação

Dar-se-á mandado de segurança para a 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 ouvida a pessoa do direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes.

Conforme análise do dispositivo acima, verifica-se que a primeira vertente do

mandado de segurança no país se limitava à defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por abusos ou ilegalidades cometidas por autoridade pública, excluindo-se por conseguinte os atos praticados por particulares quando no exercício de função pública.

Após a criação do mandado de segurança na Constituição de veio a ser 1934, o instituto foi regulado pela Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936. Nesse prisma, o *mandamus* surgiu com o mesmo rito do *habeas corpus*, ou seja, suas características eram a sumariedade e mandamentalidade, uma vez que o remédio visava proteger os direitos e garantias lesionados previamente e por meio de uma ordem. A referida lei também aumentou o alcance do *writ* proporcionando a sua utilização contra atos praticados por autoridades autárquicas ou particulares que por meio de concessão, delegação ou contrato o exercício de serviços públicos.

Dessa forma a redação do mandado de segurança passou a ser a seguinte:

Art. 1.º Dar-se-á mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestavel, ameaçado, ou violado, por acto manifestamente inconstitucional, ou illegal, de qualquer autoridade.

Paragrapho unico. Consideram-se actos de autoridades os das entidades autarchicas e de pessoas naturaes ou juridicas, no desempenho de serviços publicos, em virtude de delegação ou de contracto exclusivo, ainda quando transgridam o mesmo contracto.

Muito embora os avanços perpetrados pela ação mandamental tivessem grande relevância na defesa de direitos civis, a Carta Constitucional de 1937 excluiu de seu texto o *mandamus*, causando grande insegurança social na época, inclusive com a ideia de excluir o remédio do ordenamento jurídico.

Assim, para dirimir as dúvidas geradas por tal omissão, o Decreto-Lei n. 6 de 16 de novembro de 1937, disciplinando a matéria em seu artigo 16, dispôs sobre o mandado de segurança restringindo os seus efeitos quanto aos atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Intervenientes:

“Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos

da Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores”.

Da mesma forma, o Decreto-Lei n. 96, de 22 de novembro do mesmo ano ratificou nova restrição ao instituto, delimitando sua ação contra os atos praticados pela administração do Distrito Federal.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, a matéria passou a ser regulada pelos artigos 319 a 331, restringindo sua ação contra atos administrativos praticados pelo Presidente da República, Ministros, Governadores e Intervenientes, consolidando o disposto nas normas acima. Também limitou seu uso em caso de recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, atos disciplinares, causas que versassem sobre impostos ou taxas, com exceção dos casos assegurados por lei.

Muito embora as restrições do regime de 1937 perpetrarem por anos, a Constituição de 1946, reestabeleceu a democracia, bem como devolveu ao mandado de segurança o seu *status* de remédio constitucional a fim de proteger os direitos e garantias dos direitos irrefutáveis, inovando ao suprimir a exigência de manifesta ilegalidade, conforme se extrai do seu artigo 141, § 24, no rol de direitos individuais, *“para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”*

Diante de tal dispositivo verifica-se que a expressão *“direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder”* substituiu a expressão contida na antiga Constituição de 1934 a qual se referia ao *“direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”*, conferindo ao mandado de segurança maior clareza quanto ao alcance dos direitos e interesses protegidos pelo instituto.

Outra característica importante que devemos notar em relação ao texto do artigo mencionado é o fato da norma determinar a impetração do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo **não amparado por habeas corpus**, ou seja, um dos requisitos para a concessão do *mandamus* é de que este seja

utilizado para proteção de interesses jurídicos que não estejam relacionados com a liberdade de locomoção.

Inspirada pela evolução legislativa trazida pela Constituição de 1946, a Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951, disciplinou o mandado de segurança, revogando expressamente os dispositivos relacionados no Código de Processo Civil de 1939 que regulavam a matéria.

Assim, em seu artigo 1º, a referida lei delimitou as autoridades públicas e particulares como aquelas passíveis de impetração do mandado de segurança, para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, contra atos praticados ilegalmente ou com abuso de poder:

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 seja, quais forem as funções que exerça.

Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, sòmente no que entende com essas funções.

Dessa forma, concretizou-se a utilização do mandado de segurança contra a violação de direitos individuais por atos praticados por autoridades públicas ou particulares no exercício de atividade pública.

Cumprido destacar nesse sentido, a definição doutrinária do chamado “direito líquido e certo”, que na concepção do ilustre Professor Hely Lopes Meirelles pode ser entendido da seguinte maneira:

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. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua

aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança (MEIRELLES, Hely. 1999)

Posteriormente, a norma estipulada pela Lei 1.533 sofreu diversas alterações, inclusive com algumas delas visando restringir os efeitos do mandado de segurança, uma vez que com o advento do golpe militar de 1964, muitos dos direitos individuais foram suprimidos e os princípios básicos da democracia foram violados. Porém, a Constituição de 1967 manteve os preceitos estipulados pela Carta de 1946 e manteve a ação mandamental em toda a sua abstração jurídica. Assim, o § 21 do artigo 150 projetou o mandado de segurança para *“proteger direito individual líquido e certo, não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”*

Contudo, a expressão “direito individual” posta durante a vigência do regime militar para constrição de direitos, não surtiu efeito, entendendo a doutrina majoritária que o termo na verdade expressava uma garantia dos direitos fundamentais alusivos a todas as pessoas. Sendo assim, a expressão foi suprimida pela Emenda Constitucional n. 1, restaurando a íntegra do disposto em 1946.

A Constituição de 1967 não se manteve por muito tempo, em razão do Ato Institucional n.5, que rompeu com a ordem constitucional, seguindo-se inúmeros atos complementares fomentadores de direitos individuais e coletivos.

Com isso, a Lei 6.014 de 1973 e a Lei 6.071 de 1974 trouxeram para o bojo do mandado de segurança, a possibilidade de interpor o recurso de apelação contra decisão que concedesse ou negasse a ordem, adaptando a ação mandamental ao Código de Processo Civil de 1973, que por sua vez, não disciplinou o remédio constitucional, deixando de incluir a matéria no rol de procedimentos especiais.

A Lei 1.533, entretanto vigorou até 07 de agosto de 2009, quando foi revogada pela Lei 12.016, sendo recepcionada inclusive pela Constituição de 1988 que estabeleceu o mandado de segurança como remédio constitucional para proteção de direitos e garantias fundamentais.

1.2. O MANDADO DE SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme sintetizado no item anterior, o advento da Constituição Federal de 1988, estruturou de forma concisa o Estado Democrático de Direito e trouxe o mandado de segurança no bojo dos direitos e garantias individuais, conforme se verifica pela redação do artigo 5º, inciso LXIX, que dispõe o seguinte:

Art. 5.º 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: (...)

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.

O dispositivo manteve o conceito da ação mandamental delimitado pela Carta de 1946, visando a proteção de direito líquido e certo contra atos praticados ilegalmente ou com abuso de poder praticado por autoridade pública ou particular no exercício de atribuições do Poder Público, constituindo um grande avanço na defesa dos direitos individuais.

Tal garantia obteve tanta importância que passou a ser cláusula pétreia, não admitindo de tal maneira qualquer modificação ou supressão por emenda constitucional, de acordo com o artigo 60, § 4.º da Carta Magna.

Além disso, cumpre salientar que o atual dispositivo constitucional que disciplina o mandado de segurança dispõe que sua utilização deve ocorrer para proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*,

que junto com o *mandamus* configuram remédios constitucionais para garantir a plenitude dos direitos individuais.

Habeas Corpus é uma garantia constitucional individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem 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 (MORAES, Alexandre. 2001)

Pode-se definir o *habeas data* como o direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento e se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou que impliquem em discriminação (MEIRELLES, Hely. 1999)

Com a evolução da proteção dos direitos individuais, a Constituição da República de 1988 inovou ainda mais a utilização do remédio constitucional fixando expressamente em seu artigo 5º, inciso LXX, a utilização do mandado de segurança coletivo, nos seguintes termos “*O Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*”.

Como se pode verificar sua eficácia foi ampliada para além da defesa dos direitos individuais em sua singularidade passando a proteger também os interesses conjuntos de determinadas categorias contra ilegalidades ou abusos de poder praticados por autoridades públicas ou particulares no exercício de atribuições públicas.

Em verdade, o mandado de segurança, bem como outros remédios constitucionais (ação popular, *habeas corpus*, *habeas data* e ação civil pública) se tornou uma das mais eficientes ações especiais na busca de proteção dos direitos individuais e coletivos ameaçados ou violados por pessoas no exercício de função pública.

Diante da eficiência da ação mandamental na defesa dos direitos do cidadão é notório o seu desenvolvimento perante abusos e ilegalidades cometidos pelo Poder Público, após o advento da Carta Magna de 1988, no qual se evidencia tal evolução com a promulgação da Lei n. 8.076/1990, determinando a suspensão da medida liminar em determinadas hipóteses e dispõe sobre a vinculação da sentença concessiva da segurança ao duplo grau de jurisdição, bem como a Lei n. 8.437/1992, que estabeleceu regras acerca da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, além de dispor sobre a restrição à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, somente após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Assim como a jurisprudência também acompanhou a evolução do writ, constituindo diversas decisões e súmulas promulgadas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho na prática processual, configurando relevante estudo para o instituto.

A importância da matéria no direito brasileiro ensejou muitas controvérsias jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas, o que contribuiu para o Congresso Nacional examinar a complexidade do instituto e elaborar diversos projetos de lei com a finalidade de adaptar a utilização do remédio constitucional aos novos parâmetros dos direitos tutelados pela ação mandamental.

Assim, a disciplina infraconstitucional do mandado de segurança foi efetivada pela Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, que revogou expressamente a Lei n. 1.533/51, constituindo maior facilidade no tratamento processual da matéria, inclusive consolidando legislações esparsas e jurisprudência, além de disciplinar pela primeira vez os direitos individuais e coletivos. Porém, em determinados artigos, a referida lei merece algumas críticas por acabar restringindo a concessão de alguns direitos que serão tratados em capítulo posterior.

Desse modo, o instituto passou a ser regulamentado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos LXIX e LXX, bem como pela Lei n. 12.016/09 que dispõe sobre todo o regramento do instituto, além de ser mencionado na Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), em seu artigo 937, inciso VI, dispondo que na sessão de julgamento de qualquer ação ou recurso pelos

tribunais, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, na hipótese de mandado de segurança, obedecendo o que determina o artigo 1.021 do mesmo diploma legal. Nota-se que diferentemente da Carta Processual de 1973, o mandado de segurança foi citado no Novo Código de Processo Civil, em razão da sua atual importância, inclusive no seu julgamento pelos Tribunais.

1.3. A LEI Nº 12.016 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

Como já vimos, a Lei n. 12.016/2009 passou a regulamentar o mandado de segurança, porém, observamos pela leitura do seu artigo 1º, que tal dispositivo carrega grande semelhança com o que dispunha a revogada Lei n. 1.533/51:

*Art. 1 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*

Nesse sentido, podemos afirmar que a nova lei do mandado de segurança, consolidou em seu bojo toda a matéria relativa ao instituto, inclusive disciplinando o seu uso em âmbito coletivo.

Importante destacar ainda, que o mandado de segurança pode ser entendido como “remédio constitucional”, previsto no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, que na concepção do ilustre Professor José Afonso da Silva:

*A Constituição inclui entre as **garantias individuais** o direito de petição, o **habeas corpus**, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o **habeas data**, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de **remédios de Direito Constitucional**, ou **remédios constitucionais**, no sentido de **meios***

postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*. (SILVA, José. 2009)

Entretanto, segundo o mesmo autor, as garantias individuais não podem ser confundidas com os direitos que resguardam:

Os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma enquanto as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens individuais (SILVA, José. 2009).

Nesse sentido, as garantias configuram meios instrumentais que visam salvaguardar os direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico.

Diante dos conceitos acima estudados, podemos frisar que o preceito elementar do mandado de segurança como garantia constitucional é proporcionar o alcance máximo dos seus efeitos na defesa dos direitos por ele protegidos. Portanto, ao instituto deve ser conferido a mais ampla eficácia, uma vez que o mandado de segurança é, atualmente, uma das ferramentas mais utilizadas no ordenamento jurídico na defesa dos direitos individuais e coletivos.

Em que pese a Lei n. 12.106/2009 não trazer grandes alterações ao instituto, é importante destacar que vários de seus dispositivos acabaram por restringir o alcance do mandado de segurança na defesa dos interesses individuais e coletivos violados ou ameaçados de violação por atos ilegais ou abuso de poder cometidos por autoridades públicas. Tal fato ocasionou diversas discussões a respeito de alguns dispositivos colacionados na referida lei conforme veremos abaixo.

Um dos pontos controvertidos trazidos pela nova lei do mandado de segurança diz respeito ao artigo 1º§2º, que não admite a impetração do *writ* contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Nesse caso há notória afronta à Constituição Federal, uma vez que exclui o mandado de segurança contra abusos das autoridades acima mencionadas, quando falamos em desvio de poder ou de finalidade. Esse fato restringe a defesa dos interesses individuais e coletivos de forma ampla diante dos eventuais vícios administrativos caracterizando a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

Outro ponto controvertido remete à parte final do inciso 3 do artigo 7º da lei, que permite ao juiz, ao despachar a inicial, a exigência de caução, fiança ou depósito do impetrante como requisito para suspensão do ato que ensejou o pedido. Tal exigência é temerária, já que transfere, conseqüentemente, a eficácia do instituto à subjetividade do juízo, limitando o acesso ao Judiciário daqueles que sofreram a ilegalidade ou abuso de poder, configurando assim uma inconstitucionalidade da norma em apreço.

Na seara específica tributária, a controvérsia reside na impossibilidade de deferimento da liminar nos casos em que o objeto da ação é a compensação do crédito tributário em discussão, conforme prevê o parágrafo 2º do artigo 7º da lei. Tal limitação foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal de Justiça, que em decisão contrária à Constituição Federal editou a Súmula 212 com o seguinte teor “*A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória*”.

Sobre o tema esclarece o doutrinador James Marins que:

Através da adoção das Súmulas 212 e 213, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a compensação de crédito tributário não pode ser deferida por medida liminar e que o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (MARINS, James. 2002)

Certo é que o dispositivo afronta a máxima efetividade do instituto, limitando mais uma vez o acesso ao judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal^o) do contribuinte visando a proteção do seu direito líquido e certo,

o

Art.5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

reforçando o entendimento no sentido de sua inconstitucionalidade.

Continuando a análise dos dispositivos controversos da Lei n. 12.016/2009, temos o §2º do artigo 22 que determina a concessão da liminar após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. Porém, nos casos em que o provimento liminar deva ser concedido com urgência em razão do perecimento do direito, o dispositivo perde o seu propósito.

Além disso, o artigo 25 *caput* da Lei, veda a condenação em honorários advocatícios pela parte sucumbente na ação de mandado de segurança. Conforme podemos verificar pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Súmula 512 “*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*” e Supremo Tribunal de Justiça, na Súmula 105, “*Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios*” promulgadas antes da vigência da lei, a condenação em honorários não é permitida, demonstrando também um entendimento manifestamente contrario ao artigo 133 da Constituição Federal.

Por último, trazemos à tona a inconstitucionalidade do artigo 26 da nova Lei do mandado de segurança, que expressamente instituiu uma nova modalidade de crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), tratando de descumprimento de ordens emanadas pelo judiciário, que em razão de tal conduta não se admite a impetração de novo mandado de segurança. O dispositivo vai de encontro com o que o STJ já vinha decidindo (HC 92.655/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.12.2007, DJ 25.02.2008). Porém, tal dispositivo causa certa controvérsia, uma vez que traz um novo tipo penal, desrespeitando de tal modo o princípio do devido processo legal.

Dessa forma, diante do que foi estudado até o momento, podemos observar que a nova Lei do mandado de segurança não trouxe ao bojo do sistema processual brasileiro grandes mudanças em relação à antiga Lei n. 1.533/51. Além disso, a proposta relativa às garantias fundamentais protegidas pelo *writ* acabou por ser constrangida diante de tantas obstruções à defesa dos direitos líquidos e certos em

sede de mandado de segurança. O que se nota, entretanto, é que a referida lei consolida o entendimento de nossos tribunais superiores (STF e STJ), segundo os meios de utilização do *mandamus*.

CAPITULO II

A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO MANDAMENTAL

2. O CONCEITO DOUTRINÁRIO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Conforme estudo no Capítulo anterior, vimos que o mandado de segurança tem o objetivo de combater por via judicial, os atos ilegais ou com abuso de poder proferidas por autoridades públicas ou particulares nas atribuições de atividades públicas, quando tais atos representam lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, segundo preceito constitucional e determinação da própria Lei do Mandado de Segurança. Note-se que o instituto visa a proteção de direitos fundamentais contra atos do Poder Público, não sendo ação cabível contra atos cometidos por particulares que não estão na atribuição de serviços públicos.

Segundo preceito da doutrina especializada que contribuiu com a construção e fortalecimento do mandado de segurança como ciência jurídica fundamental na defesa de direitos e interesses fundamentais no decorrer de sua história, consolidou o entendimento de que o instituto merece ampla eficácia, principalmente por sua previsão constitucional. Assim, convém apresentar o conceito do mandado de segurança segundo a doutrina do Professor Helly Lopes Meirelles:

Mandado de segurança é ação constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para 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.
(MEIRELLES, Hely. 2009)

O conceito acima demonstra diversos requisitos para a utilização do mandado de segurança, quais sejam: *direito individual e coletivo, direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, ato ameaçador ou lesionador (ilegal ou abusivo)*, incentivando a doutrina a uma análise pormenorizada a fim de conceber

ao instituto seu melhor proveito.

Assim *direitos individuais* constituem àqueles pertencentes aos que os alegam em seu favor, o qual enseja a impetração do *writ*. Enquanto os *direitos coletivos* representam os direitos transindividuais, os quais são titulares categorias ou grupo de pessoas ligadas por uma mesma relação jurídica.

Com relação ao *direito líquido e certo*, a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno define bem o conceito e a amplitude colaborando com a melhor compreensão do instituto em estudo: “Direito líquido e certo há quando a ilegalidade ou a abusividade forem passíveis de demonstração documental, independentemente de sua complexidade ou densidade.” (BUENO, Cassio. 2009)

Trata-se portanto de prova pré-constituída, que nada mais é que a possibilidade de comprovação de plano do direito objeto da relação jurídica posta em discussão em sede de mandado de segurança.

Nesse sentido, a importância do “*direito líquido e certo*” para a concepção do mandado de segurança está na certeza dos fatos que não ensejam maiores desdobramentos na produção das provas, devido a precisão documental da prova pré-constituída.

Assim, podemos entender que caso a elucidação da demanda necessite de dilação probatória, a utilização do mandado de segurança para determinado fim perde o objeto.

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, o qual acentua o seguinte entendimento:

“O mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, exigindo-se que a liquidez e certeza do direito vindicado esteja amparada em prova pré-constituída (STJ, 6ª T., AgRg no RMS 21.399/AM, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 20.05.2008, Dje 23.06.2008).”

Pelo entendimento acima colacionado, verifica-se que complexidade da matéria a ser discutida com a ação mandamental não impede o seu prosseguimento desde

que a controvérsia da lide incida sobre fatos incontestáveis.

Em que pese o mandado de segurança ser um importante instrumento utilizado na defesa dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal, tal fato não retira o seu caráter residual diante da expressão “*não amparado por habeas corpus ou habeas data*”, o que significa dizer que para sua utilização, o direito a que se reivindica por meio do *writ* não esteja relacionado à liberdade de locomoção ou direito de ter conhecimento a respeito de informações da pessoa do impetrante.

Com relação ao ato de autoridade que lesiona ou ameaça de lesão determinado direito, tal referência diz respeito à ilegalidade praticada fora da competência daqueles que supostamente detém a autonomia para proferir tal ato, não obedecendo, portanto, o conteúdo da norma pré-estabelecida. Já o abuso de poder diz respeito à liberdade do agente público ou particular no exercício das funções públicas em praticar determinado ato em excesso, causando de tal maneira prejuízo àqueles que estiverem ao alcance do ato.

Portanto as definições acima nos autorizam dizer que o abuso de poder se trata de uma conduta ilegal cometida pelo agente público. Sendo assim, toda ato praticado com tal escopo contém vício de legalidade.

No mesmo sentido está a lição do Professor Cassio Scarpinella Bueno, a respeito do abuso de poder:

Abuso de poder, diferentemente, relaciona-se intrinsecamente aos chamados ‘atos discricionários’, que, de acordo com a doutrina tradicional do direito administrativo, correspondem àqueles atos em que a autoridade tem maior margem de apreciação dos motivos, dos elementos ou da finalidade a ser atingida pelo ato (BUENO, Cassio. 2009)

Diante de todos esses aspectos, torna-se claro a natureza civil do mandado de segurança uma vez que não é o remédio constitucional adequado para sanar ilegalidades quanto à liberdade de locomoção, além de possuir um rito especial célere que visa resguardar o direito tutelado, para que este não perca seu efeito diante dos atos praticados com abuso de poder ou ilegalidade.

Tais aspectos civis traz o entendimento de que a ordem em sede de mandado de segurança visa impugnar atos comissivos, ou seja, aqueles pelos quais a autoridade manifesta-se de forma concreta, como também as omissões, onde a autoridade deixa de agir provocando uma lesão ou ameaça de lesão a direito alheio.

Dessa maneira, o mandado de segurança tem por finalidade sanar uma ilegalidade, ou evitar lesão ou ameaça de lesão aos direitos daqueles que estão condicionados aos atos do Poder Público e seus interesses, ainda que estes sejam delegados a outras pessoas jurídicas particulares, como as concessionárias de serviço público. Desse modo a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos contribui ao melhor desempenho do Estado Democrático de Direito, que tem suporte nas liberdades civis e políticas para o seu desenvolvimento.

Por fim, vale ressaltar que o *writ* pode ser considerado como um remédio de natureza constitucional para fins civis, galgado por meio de uma ação judicial de rito sumaríssimo, podendo ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive por órgãos despersonalizados com capacidade processual, para proteção de direito individual e coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato de autoridade pública ou de pessoa jurídica particular no exercício de atribuições públicas.

2.1. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA

As condições da ação são requisitos necessários, que logo no início do processo são exigidos para dar seguimento no provimento processual. De acordo com o entendimento da doutrina especializada, traduzida nas palavras de Humberto Theodoro Junior:

Condições ou requisitos da ação, como os conceitua Arruda Alvim, “são categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final. As condições da ação, de tal sorte, operam no plano da eficácia da relação processual.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. 2011)

Tendo em vista o conceito de condições da ação colacionado acima, é importante analisarmos tais aspectos no instituto em estudo. Dessa maneira, para que a impetração do mandado de segurança seja possível juridicamente, necessário se faz que o ato impugnado esteja eivado de ilegalidade ou abuso de poder, lesando ou que possa iminentemente lesar direito líquido e certo. Assim, tal ato condiciona um direito subjetivo de ação. Porém, o direito a que se refere o mandado de segurança deve ser provado de plano, por via documental e de forma a satisfazer a elucidação de todos os fatos impugnados na ação.

Caso o direito, objeto da ação mandamental, necessite de outros meios de prova durante a instrução processual, este não será considerado direito líquido e certo para os fins a que se destina a ação. No entanto, nada impede que outros meios processuais possam ser utilizados a fim de resguardar tal direito.

Assim, a existência do direito líquido e certo configura uma das condições da ação já que não admite outros meios de provas que não sejam aquelas que possam ser utilizadas de plano por via documental e que sejam suficientes para obter o provimento jurisdicional a que se almeja.

O interesse de agir, configura outra condição da ação, já que o mandado de segurança é um remédio constitucional que visa a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou particular no exercício das funções públicas. Portanto, o interesse de agir se condiciona à probabilidade de um dano a direito que não seja objeto de outros remédios constitucionais ou recurso.

Já a legitimidade das partes configura a última condição da ação, caracterizando-se como polo ativo, qualquer pessoa física ou jurídica que tenha um direito violado ou ameaçado por ato ou omissão de autoridade pública. O polo passivo, por consequência, é a autoridade pública que praticou ou deixou de praticar o ato passível de impetração do mandado de segurança. Importante destacar que, no polo passivo da demanda, a autoridade coatora deve constar na inicial da ação, bem como a entidade a qual está integrada, vinculada, ou que exerce suas funções, sob pena de indeferimento conforme dispõe o artigo 6º, *in fine*, da Lei n. 12.016/2009:

*“Art. 6 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**” Grifamos*

Os pressupostos processuais, também são temas de profunda importância para o estudo em análise, e para a Doutrina costumam ser classificados em: a)- pressupostos de existência ou de constituição válida, que configuram os requisitos para que a relação processual se constitua validamente; b)- pressupostos de desenvolvimento, que são aqueles a ser atendidos depois que o processo se estabeleceu regularmente, a fim de que possa ter curso também regular, até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva.

Diante deste contexto, convém destacar o conceito dos pressupostos processuais que são classificados doutrinariamente como:

Aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa (THEODORO JUNIOR, Humberto. 2011).

Tanto as condições da ação, como os pressupostos processuais são causas que impedem o regular prosseguimento do processo, conforme podemos verificar pelo disposto no artigo 485º do Novo Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 267 do CPC/1973).

Conforme podemos notar, os pressupostos gerais se referem, principalmente, à

o

□ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando (...)

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

capacidade processual, sua representação em juízo, interesse de agir entre outros. Além desses, o mandado de segurança possui pressupostos processuais específicos, dispostos no artigo 6º da Lei n. 12.016/2009, que caso não sejam cumpridos, acarretam o indeferimento da ação nos termos do artigo 10 da Lei do Mandado de Segurança.

“Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.”

Tal dispositivo autoriza o juiz a indeferir a inicial, quando verificar que a autoridade coatora não foi indicada corretamente na inicial, ou quando o impetrante não tem legitimidade, quando a ação não se destina a combater atos da autoridade coatora, quando os documentos juntados na inicial não são suficientes para comprovação dos fatos, quando a ação for impetrada contra lei em tese, ou quando decorre o prazo de 120 dias para impetração da ação (artigo 12 da Lei do Mandado de Segurança). Nesses casos, o juiz não resolverá o mérito e conseqüentemente não analisa o direito e fundamentação alegados na inicial.

Por fim, vale ressaltar que o indeferimento do mandado de segurança por falta de condições da ação ou pressupostos processuais, seja por precariedade das provas apresentadas ou por necessidade produzir novas provas, ou ainda por não ser a via adequada, resta ainda a possibilidade do impetrante que teve a inicial indeferida, demandar novo *writ*, podendo sanar os vícios que causaram tal indeferimento ou mesmo ajuizar ação ordinária própria para obtenção do direito pleiteado.

2.2. O CONCEITO DOUTRINÁRIO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

No presente estudo é importante destacar a definição do direito líquido e certo conforme o entendimento do Ilustre Constitucionalista Helly Lopes Meirelles:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua

existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua explicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (MEIRELLES, Hely. 2009)

Nesse sentido, o direito líquido e certo consiste precipuamente naquele direito em que se apresenta em sua plenitude, pelo qual pode ser provado de forma incontestável no processo, utilizando-se para tanto de prova documental, pois trata-se do modo mais adequado e seguro a se demonstrar um direito. Nesse sentido é a doutrina de Celso Agrícola Barbi:

O conceito de direito líquido e certo é 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 característica de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuível 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. (BARBI, Celso. 2001)

Tal conceito nos leva ao entendimento de que o direito líquido e certo se trata de um direito evidente, o qual não comporta a fase de produção de provas inerente ao processo ordinário, posto que se prova mediante instrução documental.

Neste prisma, respeitando o artigo 267 do Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 485 do Novo CPC), o mandado de segurança deve ser impetrado com a prova documental que demonstra satisfatoriamente o direito pleiteado, possibilitando assim o prosseguimento da ação. Caso não ocorra dessa maneira, o desenvolvimento regular do processo acaba prejudicado, uma vez que a prova apresentada não permite a análise da verossimilhança dos fatos narrados com

o direito perquirido de forma plena.

Como o mandado de segurança segue um rito especial e célere, a importância da demonstração do direito líquido e certo está justamente no fato em que o processo não admite a dilação probatória, posto que o instituto não pode ser confundido com o centro do direito que se busca o impetrante, mas sim o direito que se pode provar inicialmente por via documental.

Portanto, esta demonstração deve ser apresentada na petição inicial para que o desenvolvimento do processo seja válido. No entanto, existe a possibilidade de se impetrar o *writ* sem apresentar a prova pré-constituída, onde tal exceção está prevista no artigo 6º, §1º da Lei n. 12.016/2009, que dispõe sobre os documentos que se encontram em posse do poder público.

Sobre o tema é importante ainda esclarecer que a utilização do mandado de segurança não encontra empecilho diante da existência de controvérsia jurisprudencial ou doutrinária sobre o direito a que se busca a efetivação. Isto significa que a complexidade dos fatos não impede o manuseio do *mandamus* para obtenção do direito, desde que este seja demonstrado de forma inequívoca na petição inicial.

Nesse sentido é a Súmula n. 625 do Supremo Tribunal Federal:

“controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

Dessa maneira, é correto afirmar que o direito líquido e certo não se trata precipuamente do “mérito” da ação, ou seja, o objeto da ação que busca uma solução definitiva em âmbito judiciário. A natureza jurídica do direito líquido e certo traz a concepção de que este instituto é uma condição de desenvolvimento do mandado de segurança, tornando-o a via mais adequada para se confirmar a tutela do direito pleiteado, já que segue um rito especial desconhecido das ações ordinárias.

Assim, caso o juiz verifique a ausência do direito líquido e certo (exceto nos casos do §1º do artigo 6º da Lei do Mandado de Segurança) analisando a inicial do remédio constitucional, poderá indeferir-la com fulcro no artigo 267, inciso VI do

Código de Processo Civil (artigo 485, VI do Novo CPC), por entender que aquela não seria a via correta para a discussão do mérito, fazendo coisa julgada meramente formal.

Ainda é importante salientar que caso o magistrado identifique a carência do direito líquido e certo e julgue o processo sem resolução de mérito, nada impede que o impetrante, sanando o obstáculo apontado na decisão, ingresse com nova ação de mandado de segurança dentro do prazo decadencial ou ainda escolha a via ordinária para obtenção da tutela desejada, a qual suporta a dilação probatória incompatível com o *mandamus*. Esta assertiva encontra respaldo no § 6º do artigo 6º da Lei n. 12.106/2009:

“o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

Diante de tais conceitos, podemos entender que o direito líquido e certo é um requisito fundamental para o prosseguimento do mandado de segurança, devendo o magistrado analisar de forma técnica a sua comprovação ou não. Neste caso, concluindo pela ausência de tal requisito a ação deve ser indeferida com sentença sem resolução de mérito, por outro lado, caso haja o prosseguimento da ação, nada impede que o mérito seja apreciado.

2.3. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

O mandado de segurança é o instrumento processual mais adequado para defender direito líquido e certo das ilegalidades ou abuso de poder cometidos por autoridade pública ou particulares no exercício das funções públicas. Neste caso, para que se torne efetiva a ação constitucional, necessário se faz que o impetrante demonstre corretamente o ato ilegal ou abusivo cometidos pelo Poder Público.

A ilegalidade passível de impetração do *writ* consiste em ato praticado por autoridade pública em desconformidade com a ordem constitucional ou infraconstitucional. É, portanto, um ato *contra legem* que no bojo de seus efeitos acaba violando ou ameaçando direito alheio.

Neste contexto, a ilegalidade pode se manifestar de diversas maneiras no

ordenamento jurídico brasileiro, seja pela cobrança indevida de um tributo, ou mesmo impedindo que o indivíduo tome posse de cargo público, sendo que preencheu todos os requisitos necessários para tanto.

Em matéria tributária, o ato ilegal ou abusivo pode ser aplicado pela autoridade da administração pública com edição de norma inconstitucional ou que não contenha a validade jurídica que a permita permanecer no ordenamento jurídico. É o que ensina o Professor Hugo de Brito Machado:

A ameaça de prática de ato abusivo, pela autoridade da administração tributária, decorre da edição de norma que lhe caiba aplicar, e que seja desprovida de validade jurídica. Lei inconstitucional, ou norma inferior, ilegal. (MACHADO, Hugo. 2000)

Em relação ao abuso de poder, a doutrina o divide em *excesso de poder e desvio de poder*.

Nos casos em que a autoridade pública atua com excesso de poder, entende-se esta autoridade não é a competente para praticar o ato, mesmo sendo praticado em conformidade com norma legal. Neste caso, observa-se um claro desrespeito ao Princípio da Legalidade, tendo em vista que os atos da Administração Pública devem ser praticados por autoridade legitimamente competente. Por outro lado, o desvio de poder ocorre quando a autoridade pública, mesmo no exercício de sua competência, pratica qualquer ato com desvio de finalidade.

Em todos os casos em que se verificar o excesso ou desvio de poder, caberá o mandado de segurança, considerando a demonstração dos outros requisitos necessários à impetração do remédio constitucional.

No entanto, é importante destacar ainda que os atos executórios praticados pelas autoridades públicas ou particulares no exercício das atribuições públicas não são os únicos passíveis de impetração do mandado de segurança, permitindo também que o instrumento seja utilizado nos casos em que se verificar a omissão do Poder Público.

Para que a omissão do Poder Público seja passível de impetração do mandado

de segurança, basta que o ato omissivo viole ou ameace direito líquido e certo individual ou coletivo do impetrante.

A impetração do mandado de segurança é possível até mesmo em casos em que o ato coator é inconstitucional, como era de se esperar em relação a uma ação de cunho constitucional.

Além disso, seguindo esse entendimento o remédio heroico poderá ser impetrado inclusive para proteger direito violado por qualquer ato realizado com fulcro em lei inconstitucional. Aqui, configurando-se quaisquer efeitos em relação ao ato praticado, mesmo em conformidade com a determinação legal, o vício da inconstitucionalidade da norma torna-o passível de impetração do mandado de segurança.

Contudo, cabe lembrar que mandado de segurança não pode ser empregado contra lei em tese. É assim o entendimento do STJ conforme a Súmula 266 “*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*”. Neste caso, a lei não pode ser objeto do *writ* sem que antes produza efeitos concretos e prejudiciais ao impetrante, pois segundo a doutrina e jurisprudência somente os efeitos práticos da lei consubstancia a ação mandamental.

2.4. O PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Conforme o artigo 23 da Lei n. 12.016/2009, o direito de requerer o mandado de segurança se extingue decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência pelo interessado do ato impugnando.

Para a maior parte da doutrina, trata-se de um prazo decadencial, ou seja, caso o impetrante não impetre o mandado de segurança dentro de 120 (cento e vinte) dias, assim que tiver ciência do ato que pretende impugnar, ele estará sujeito a perda do direito de utilizar o remédio constitucional para garantir a tutela do direito que pretende proteger. O fato do prazo ser considerado decadencial implica o entendimento de que este não pode ser interrompido ou suspenso.

Nesse sentido encontramos o entendimento de Celso Agrícola Barbi, que dispõe sobre tal prazo da seguinte forma:

Esse prazo tem em vista a forma processual e não a relação jurídica substancial; por isso, não é considerado pela doutrina, acertadamente, como prazo de prescrição mas sim como de decadência, insuscetível, portanto, de interrupção ou suspensão (BARBI, Celso. 2000).

Inclusive a legitimidade do prazo é defendida pelos nossos Tribunais pátrios, concretizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal que editou a Súmula n. 632, com a seguinte redação:

“É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”

O fundamento utilizado para esse entendimento consiste na possibilidade de se utilizar a via ordinária para a tutela do direito, tendo em vista a perda do direito de utilizar o mandado de segurança para tais fins. Além disso, a própria Constituição Federal não dispõe sobre a vedação de qualquer lapso temporal quanto a impetração do remédio.

Entretanto, essa limitação é alvo de críticas, sendo inclusive considerada inconstitucional. O argumento utilizado para embasar tais considerações consiste no fato de que o mandado de segurança é um remédio constitucional que visa proteger direito individual e coletivo previsto no rol de direitos fundamentais da Carta Magna. Esse é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno.

Com 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 extrai do §1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais. (BUENO, Cassio. 2009)

Nesse sentido, considerar o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança sob pena de perda do direito, segundo o autor, implica

em grave ofensa ao que determina a Constituição Federal quando dispõe sobre o mandado de segurança, uma vez que o remédio em questão tem o objetivo de proteger direito fundamental e coletivo, e a imposição do prazo fixado no artigo 23 da Lei de Regência conduz a uma séria limitação à proteção e tutela de tais direitos.

Importante destacar ainda que, apesar da divergência doutrinária apresentada pelos pensadores do direito, a decadência se refere ao uso do mandado de segurança e não ao direito em si, que mesmo após decorridos o prazo de 120 (cento e vinte dias), pode ser analisado pelo Poder Judiciário por outra via que não seja o *mandamus*.

Por fim, vale frisar que, na modalidade *preventiva*, o mandado de segurança não se enquadra na definição de decadência acima. Isto porque, o *writ* preventivo tem o escopo de evitar a lesão ou ameaça de lesão ao direito, tendo em vista a existência de ato considerado ilegal praticado pela autoridade pública que poderá causar alguma lesão ou ameaça de lesão ao direito do impetrante.

Neste caso, não há prazo decadencial porque o direito pleiteado é aquele que pode ser violado pelo ato ilegal, ou ainda, aquele que está sendo violado em função da sua continuidade no tempo, como por exemplo, um imposto que vem sendo cobrado de forma ilegal pela autoridade tributária.

2.5. A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

Atualmente, a liminar no mandado de segurança está disciplinada no artigo 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, que permite ao juiz suspender o “ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida...”. Nota-se, que o dispositivo exige dois requisitos para a concessão da medida antecipatória; o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Nesse *prima*, cumpre analisarmos a aplicação de tais requisitos, iniciando os estudos com a expressão latina do *fumus boni iuris*, que pode ser entendido como o “fundamento relevante” descrito no dispositivo acima. Para obter a liminar em sede de mandado de segurança, é necessário que o impetrante demonstre por meio dos fatos narrados e os documentos apresentados na inicial, a verossimilhança entre eles, convencendo o magistrado que o ato coator impugnado é verdadeiramente

ilegal.

De outro lado, é necessário também ao interessado, a demonstração do *periculum in mora*, que é descrito no dispositivo referido como “ineficácia da medida”, que nada mais é do que a ineficácia da prestação jurisdicional. Isto significa que diante do objetivo primário do remédio constitucional, que é a proteção de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, a demora na efetivação dos efeitos a que se presta a ação, poderá torna-la obsoleta em razão do transcorrer do tempo.

Comprovando o impetrante, ao ajuizar o mandado de segurança, que o ato coator objeto de impugnação poderá causar lesão ou ameaça de lesão ao direito líquido e certo, demonstrando de tal maneira o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a liminar deve ser concedida afastando a discricionariedade do magistrado diante da apresentação de tais requisitos.

Esse é o entendimento do Ilustre Doutrinador Hely Lopes Meirelles:

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrer seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade (MEIRELLES, Hely. 2009)

Neste aspecto é importante destacar que os requisitos acima destacados devem ser demonstrados de forma cumulativa, ou seja, caso na inicial não seja demonstrado o *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*, a liminar poderá ser indeferida pela ausência de tais requisitos.

Agora, levando-se em conta a hipótese de concessão de liminar em sede de mandado de segurança, nos resta questionar o que acontece, caso a ação seja denegada ao final da demanda?

Diante desse questionamento, o STF editou a Súmula 405 dispondo que, “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”, ou seja, caso a ação seja denegada, os efeitos da liminar concedida preliminarmente se torna sem efeito. Por exemplo: quando um determinado contribuinte impetra o mandado de segurança pedindo a suspensão do pagamento de um tributo, concedida com uma eventual liminar, em caso de sentença final desfavorável deverá arcar com a carga tributária dali em diante, bem como do período em que perdurou a liminar.

Por fim, é importante analisarmos a parte final do inciso III, do artigo 7º da Lei n. 12.016/2009 que dispõe: “*sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*”. O que se entende com essa determinação é que o magistrado, verificando as peculiaridades do caso concreto, poderá exigir do impetrante, caução visando garantir o resultado da demanda, caso a ação deseja rejeitada. Porém, a vinculação dessa caução deve ser precedida de justificativa plausível por parte do magistrado, jamais podendo configurar como pressuposto ou condição para a concessão da medida liminar.

Além disso, em matéria tributária, a concessão da medida liminar não pode depender de caução, fiança ou depósito, pois tal medida já é suficiente para que haja a suspensão do crédito tributário, uma vez que essa exigência assecuratória configuraria *bis in idem*, onerando o contribuinte duas vezes pelo mesmo fato gerador.

Diante desse entendimento, convém destacar o que ensina Cassio Scarpinella Bueno:

A propósito do assunto, não como recusar o entendimento de que, diante da redação do inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, o oferecimento de caução, fiança ou depósito em sede de mandado de segurança não pode mais ser indeferido pelo magistrado, inclusive para os fins aventados no parágrafo anterior. Autorizar o depósito à luz do dispositivo aqui em comento, sim; condicionar a concessão da liminar à apresentação de qualquer valor, não. É essa linha de toque que deve presidir a interpretação da regra para evitar qualquer rota de colisão com o modelo constitucional. (BUENO, Cassio. 2009)

Insta esclarecer, portanto, que, o magistrado não deve condicionar a

concessão da liminar em sede de mandado de segurança, à efetuação de caução, depósito ou fiança, sob pena de restringir os efeitos constitucionalmente conferidos ao writ, mas pode autorizar tais medidas quando o impetrante procurar se resguardar de eventuais ônus em caso de sucumbência da ação.

2.6. A EFICÁCIA DA SENTENÇA

A sentença representa um ato jurisdicional revestido de autoridade, a fim de determinar a vontade do Estado em certas circunstâncias ou casos concretos, aplicando a legislação conforme a Constituição Federal. Dessa maneira, a eficácia da sentença pode ser declaratória, condenatória ou mandamental.

Em relação ao mandado de segurança, o fim a que se busca a ação é plenamente claro seguindo a etimologia da palavra, ou seja, uma ordem ou um *mandamus*, revelando dessa maneira a eficácia mandamental pretendida pela ação. Nesse caso, o magistrado, ao proferir a sentença, emite uma ordem que deverá ser cumprida pela autoridade pública que praticou o ato coator, impondo a imediata medida a qual determinará o fim dos efeitos do referido ato.

Uma das características da sentença mandamental consiste no fato em que a decisão atua impondo uma ordem sobre a vontade da parte sucumbente, não se prestando a produzir efeitos sobre o patrimônio deste. Desse modo, para que a sentença seja cumprida, o juiz poderá impor medidas coercitivas a fim de obter a satisfação do direito pretendido.

Nesse prisma, a eficácia da sentença no mandado de segurança vai além da realidade proporcionada pela sentença condenatória, uma vez que na ação mandamental, a efetivação da ordem se dará dentro da mesma relação processual, mesmo que o juiz tenha que tomar medidas coercitivas para tanto, diferente da decisão condenatória, pela qual muitas vezes necessita de um processo de execução para efetivar os seus efeitos.

A ordem contida no julgado mandamental possui a intensidade necessária para produzir seus efeitos dentro do mesmo processo, e busca a satisfação plena do direito do impetrante.

Sobre o tema, Eduardo Talamini explica:

*Em suma: a) a sentença condenatória tem o condão de autorizar o emprego de mecanismos de sujeição em processo subsequente; b) a sentença executiva traz em seu dispositivo a determinação de imediata atuação de meios de sujeição (sub-rogatórios), independentemente de novo processo e sem a necessária submissão a um modelo procedimental rígido e preestabelecido; c) **a sentença mandamental, em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do devedor, dirige-lhe ordem cuja inobservância caracteriza desobediência à autoridade estatal, podendo acarretar não só a aplicação concreta de medidas coercitivas antes cominadas como também punição civil e/ou penal** (grifos nossos). (TALAMINI, Eduardo. 2009)*

Diante desse conceito podemos entender que a sentença mandamental tem caráter auto executivo, uma vez que não se submete a um processo de execução, que tem como pressuposto uma sentença condenatória. A ordem emanada em sede de mandado de segurança tem por si só o caráter efetivo capaz de assegurar a tutela jurisdicional, que caso não seja observada pela autoridade coatora a quem se dirige o *decisum*, configura desobediência à autoridade do juiz, autorizando a aplicação de medidas coercitivas, bem como a “punição civil e/ou penal”.

A fim de ilustrar tais medidas, Kazuo Watanabe traz o seguinte exemplo:

Pensemos, por exemplo, no dever legal de não poluir (obrigação de não fazer). Descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento efluente, etc.), e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial (§ 5º do art. 461). São meios sub-

rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, em cumprimento ao mandamento contido no § 1º do art. 461 (WATANABE, Kazuo. 1996)

Por fim, a ordem judicial emanada em sede de mandado de segurança visa a obtenção da tutela jurisdicional impondo à autoridade coatora o cumprimento de um ato ou a abstenção de realiza-lo, concretizando de fato os efeitos da sentença sem a necessidade de outro instrumento processual para tanto, garantindo, dessa maneira, a proteção do direito fundamental do impetrante.

CAPITULO III

O MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Antes de adentrarmos aos procedimentos aplicados ao processo judicial tributário, especificamente no mandado de segurança tributário, convém tecer alguns comentários sobre os princípios que regem tais relações, a fim de delimitar a atuação do remédio constitucional nas demandas tributárias dele decorrentes.

Assim, primeiramente é preciso esclarecer a importância dos princípios constitucionais que atuam na relação processual tributária, iniciando tal tratativa com o Princípio do Devido Processo Legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988.

O Princípio do Devido Processo Legal constitui garantia constitucional de se efetivar todas as etapas do processo a fim de preservar os direitos daqueles que fazem parte da relação processual. Tal princípio é extremamente importante para efetivar as garantias e direitos dos indivíduos, pois o seu desrespeito pode acarretar até mesmo a nulidade do processo. Além disso, do princípio do devido processo legal decorrem os demais princípios de suma importância nas relações processuais, que garantem um processo devidamente estruturado, efetivando a jurisdição como poder, função e atividade, e ainda proporcionando ao indivíduo instrumentos que o capacitem a atuar de forma paritária com o Estado.

Outro princípio constitucional de suma importância para as relações processuais é o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, previsto no artigo LV da Carta Magna, importa no direito da parte envolvida em eventual processo contencioso se defender de acusações em igual proporcionalidade em que foram articuladas, inclusive apresentando todas as provas permitidas em direito ou mesmo recursos em caso de sentença contrária aos seus interesses (ampla defesa) e mesmo apresentando argumentações que refutem as alegações da parte contrária (contraditório).

O Princípio da Instrumentalidade e economia processuais dizem respeito ao processo como instrumento de realização do direito material da forma mais efetiva e mais célere que o ordenamento jurídico pode atuar.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição decorre diretamente dos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, consistindo no direito fundamental da parte envolvida no processo de recorrer de determinados julgados que considerar injusto aos seus interesses.

Por fim, importante destacar o Princípio da Necessidade da Fundamentação das Decisões, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que consiste no dever do julgador em fundamentar todas as suas decisões sob pena de nulidade do processo. Tal princípio se destaca justamente por ser uma regra prevista constitucionalmente e que assim proporciona mais segurança jurídica no processo judicial.

Além dos princípios constitucionais que regem todas as relações processuais, é importante destacar aqueles que são aplicados ao processo judicial tributário, quais sejam:

O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da CF), que impossibilita o Poder Judiciário de se abster em julgar qualquer conflito de interesses juridicamente tutelados. Podemos extrair desse dispositivo que o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, razão pela qual mesmo que a administração pública possa exercer as atividades julgadoras, somente o judiciário poderá decidir com definição a relação jurídica de tais conflitos.

Princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional, também decorrente do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, pois apenas garantir o acesso ao judiciário em todas as demandas não é suficiente para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos uma vez que o processo deve ser efetivo e visar a solução do conflito.

O Princípio da Imparcialidade visa a garantir a efetividade do processo judicial, uma vez que veda ao julgador tomar parte de qualquer lado da demanda, tomando como fundamento para suas decisões apenas os fatos levados ao processo com base na lei, jurisprudência e doutrina.

Já o Princípio da Inércia, impõe ao julgador a necessidade de ser provocado pelas partes, uma vez que os interesses processuais destes não podem servir de base para que ele aja de ofício prejudicando um ou outro envolvido. Tal princípio decorre diretamente da imparcialidade.

Por último, vale destacar o Princípio da Verdade Formal, que também decorre dos dois últimos princípios, já que o julgador deve tomar como base para suas decisões os fatos que foram alegados pelas partes, assumindo de forma coesa e com base nas provas e fundamentações apresentadas que tais fatos correspondem com a verdade.

3.1. CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O mandado de segurança é um dos instrumentos mais utilizados no direito processual tributário para a defesa dos direitos individuais e coletivos contribuintes em face dos abusos ou atos ilegais cometidos pela autoridade tributária. Dessa forma, a ação mandamental vem sendo utilizada para proteger direito líquido e certo, quando o contribuinte demonstra de forma inequívoca, ou seja, pela apresentação de documentos, a verdade dos fatos e o direito por ele pleiteado.

Nos ensinamentos de James Marins:

Mandado de segurança é instituto processual de raiz constitucional em norma de eficácia absoluta plena, com natureza jurídica de garantia individual, destinado à proteção das prerrogativas do indivíduo ou de coletividade em face do Estado, de atuação necessariamente célere e eficaz, que colima com a correção jurídica de abusos do Poder Público iminentes (função preventiva) ou já perpetrados (função repressiva) por agente coator ou autoridade coatora, cometidos diretamente ou por interposta pessoa física ou jurídica, não estancáveis por habeas corpus ou habeas data, ilimitável e incondicionado a qualquer espécie de contracautela, senão pelos seus pressupostos constitucionais específicos (MARINS, James. 2002)

A exigência de um tributo supostamente indevido, enseja o cabimento de diversas ações por parte do contribuinte, destacando-se entre elas, o mandado de segurança. Inclusive o instituto se encontra entre uma das formas de suspensão do crédito tributário previstas no artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional (CTN), dispondo que “suspendem o crédito tributário: a concessão de medida liminar em mandado de segurança”.

Para Cleide Previtali Cais:

O mandado de segurança em matéria tributária opera como instrumento de constitucionalidade das leis, além de significar importante veículo colocado à disposição do contribuinte para questionar a validade da relação jurídica tributária. (CAIS, Cleide. 2004)

Nesse prisma, o mandado de segurança se tornou vantajoso para a proteção de direito líquido e certo de contribuinte, quando da cobrança supostamente indevida de crédito tributário, devido ao seu caráter sumário para a resolução da demanda, proporcionando maior segurança quanto à tutela jurisdicional.

Assim, o *writ* poderá ser utilizado quando o crédito tributário já estiver constituído, pela forma repressiva, ou quando ainda não houve o lançamento do crédito, pela forma preventiva da ação. Em relação às duas formas de impetração do remédio, faremos um estudo pormenorizado do tema posteriormente.

Como vimos, para que se possa impetrar o mandado de segurança é necessária a comprovação do direito líquido e certo, devendo o contribuinte demonstrar a verdade dos fatos documentalmente (prova pré-constituída).

Diante da demonstração do direito líquido e certo pela via documental, o impetrante não busca desconstituir a presunção de liquidez e certeza atribuída ao crédito tributário cobrado pela autoridade pública, mas sim demonstrar a inconstitucionalidade da norma tributária que ensejou a cobrança, ou mesmo os fatos indicados como geradores do tributo. É o que nos ensina Hugo de Brito Machado:

O Impetrante não pode questionar a verdade do que se discute quanto aos fatos, a não ser que disponha de prova pré-constituída. Assim, aqueles aspectos de fato, aos quais diz respeito a presunção de liquidez e certeza da dívida inscrita, não são atacados no mandado de segurança. O impetrante não contesta os fatos, que em face daquela presunção de liquidez e certeza são aceitos como verdadeiros. O que o impetrante ataca é o significado jurídico dos mesmos, ou, no mais das vezes, a constitucionalidade da norma tributária. E a disputa em torno desse significado jurídico dos fatos tidos como geradores de tributo, ou da constitucionalidade da norma tributária, nada tem a ver com aquela presunção de liquidez e certeza da dívida. (MACHADO, Hugo. 2009)

Muito embora o advento da Lei n. 12.016/2009 tenha restringido de forma inconstitucional o uso do mandado de segurança em matéria tributária, como se observa pelo artigo 7º, § 2º dispondo que “*Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza*”, a ação mandamental é muito utilizada na esfera processual tributária, devendo o contribuinte munir-se das provas documentais necessárias à demonstração do seu direito líquido e certo, ainda que haja complexidade nas questões jurídicas discutidas ou que haja questionamento da constitucionalidade de norma aplicada pela autoridade tributária.

3.2. SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Os sujeitos da relação processual no mandado de segurança tributário, bem como a identificação da autoridade coatora é matéria de relevante importância no presente estudo. Assim, a Lei n. 12.016/2009 reitera posições normativas já existentes em outras leis, porém, com alterações pontuais que serão abordadas posteriormente.

De todo modo, nas relações tributárias a definição dos sujeitos pode implicar grande dificuldade, principalmente para identificar a autoridade coatora e o sujeito

passivo do mandado de segurança, uma vez que os dois institutos nem sempre configuram como a mesma pessoa.

Já o sujeito ativo da ação mandamental, como veremos a seguir, é o contribuinte que teve seu direito líquido e certo lesionado ou ameaçado por um ato do Poder Público.

3.2.1. *Sujeito Ativo (Impetrante)*

Analisando os dispositivos que regulamentam o mandado de segurança, extrai-se que o legitimado ativo (impetrante) será sempre que sofra ou esteja na eminência de sofrer uma lesão ao seu direito, em razão de qualquer ato abusivo ou ilegal praticado pela autoridade pública.

A redação do artigo 1º da Lei n. 12.016/2009, que define os sujeitos legitimados à propositura da ação (pessoa física ou jurídica) está em perfeita harmonia com o artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, abrangendo todo e qualquer sujeito que se encontre na situação descrita por essas normas, inclusive Órgãos do Administração Pública que possuam direitos a serem tutelados. Nesse último caso, o entendimento é de que, a interpretação dos dispositivos regulamentadores do *writ* não pode ser interpretada restritivamente, caracterizando a pessoa jurídica de direito público como legitimado ativo do remédio constitucional para combater ato ilegal cometido por outro ente público.

Para Hely Lopes Meirelles:

Os agentes políticos que detenham prerrogativas funcionais específicas do cargo ou do mandato (Governadores, Prefeitos, Magistrados, Parlamentares, Membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, Ministros e Secretários de Estado e outros), também podem impetrar mandado de segurança contra ato de autoridade que tolher o desempenho de suas atribuições ou afrontar suas prerrogativas, sendo freqüentes as impetrações de membros de corporações contra a atuação de dirigentes que venham a cercear sua atividade individual no colegiado ou, mesmo, a extinguir ou cassar seu mandato. (MEIRELLES, Hely. 2009)

A regra geral para definir o sujeito ativo da ação mandamental consiste em que o impetrante, seja pessoa física ou jurídica esteja vinculado efetivamente ao direito subjetivo violado ou ameaçado, ou seja, deve ser atribuído ao contribuinte, para que este tenha a legitimidade ativa, o direito individual ou coletivo, líquido e certo, que seja objeto da proteção intentada pelo mandado de segurança.

3.2.1. Sujeito Passivo (Impetrado)

Conforme visto acima, o mandado de segurança é um remédio constitucional que tem como objetivo proteger direito líquido e certo contra atos praticados por autoridade pública ou pessoa jurídica nas atribuições do Poder Público que sejam responsáveis pela ilegalidade ou abuso de poder.

Contudo, salientamos que o ato objeto de impugnação por mandado de segurança deve ser proferido pela autoridade coatora “que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática”, conforme definição do §3º do artigo 6º da Lei n. 12.016/2009. Além disso, podemos encontrar o conceito de autoridade coatora melhor definido no artigo 1º, §2º, III, da Lei n. 9.784/1999, que assim dispõe “autoridade – o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.

De acordo com a definição acima, o executor da ordem que não detém qualquer poder de decisão para executá-la, mas apenas obedece uma instrução superior, não pode ser considerado como autoridade coatora. De outro modo, aquele servidor que detém o poder decisório ou deliberativo sobre o ato que deve ser praticado ou que se abstém de praticá-lo, deve ser considerado para fins da ação mandamental como autoridade coatora.

Em seus ensinamentos, Hugo de Brito Machado destaca que:

A impetração é cabível contra ato de autoridade, ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Assim, mesmo que o autor do ato impugnado não seja autoridade, no sentido de que não tem competência para decidir se pratica, ou não, o ato questionado, é cabível contra ele a impetração, desde que esteja agindo no exercício de atribuições do Poder Público. É o caso,

por exemplo, de um diretor de empresa privada que faz o desconto do imposto de renda na fonte de um tributo. Ele está arrecadando um tributo. Está, portanto, no exercício de atribuições próprias do Poder Público. É agente do estado, pelo menos para o fim de arrecadar o tributo. Assim, se a exigência tributária é ilegal, ou inconstitucional, seu ato enseja a impetração de mandado de segurança. (MACHADO, Hugo. 2009)

Importante frisar que, embora a autoridade coatora exerça sua função em nome do Poder Público, na relação processual em sede de mandado de segurança ela atua como representante daquele, prestando informações sobre o ato praticado e auxiliando na defesa do ente público o qual é vinculada, conforme dispõe o artigo 7º, inciso I, da Lei n. 12.016/2009. Nesse sentido, podemos entender que o legitimado passivo da ação mandamental é a pessoa jurídica a qual a autoridade coatora está ligada.

Tal fato cria sua importância em razão da indicação errônea da autoridade sujeita ao mandado de segurança, posto que por tal situação, *a priori*, o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito.

Nesse caso, mesmo havendo a indicação equivocada da autoridade coatora, em razão da complexa organização da administração pública no Brasil, tal vício poderá ser sanado conforme a teoria da encampação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que sejam respeitados alguns requisitos determinados por este Tribunal, quais sejam:

Existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que ordenou a prática do ato impugnado;

Ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal;

Manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

Por essa razão, a indicação equivocada da autoridade coatora na inicial do mandado de segurança não pode ter força para o indeferimento da ação, podendo ser sanada posteriormente em razão da economia processual, desde que a

indicação da pessoa jurídica, que deva figurar como sujeito passivo, esteja correta ou que preencha os requisitos exigidos pela teoria da encampação.

3.3. AS MODALIDADES DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é um remédio constitucional que abrange duas formas de impetração: a forma repressiva e a forma preventiva.

Dessa forma o mandado de segurança poderá ser repressivo quando impetrado posteriormente ao ato ilegal ou abusivo. Assim, essa modalidade de ajuizamento da ação servirá para proteger direito líquido e certo do contribuinte, contra atos que já foram praticados pela autoridade coatora, visando assim, a correção do ato e evitando a lesão do direito individual ou coletivo.

Já o mandado de segurança preventivo é aquele impetrado antes do direito ser lesado ou ameaçado de lesão por qualquer ato cometido com ilegalidade ou abuso de poder, tendo a finalidade de assegurar a proteção ao direito fundamental do contribuinte antes de qualquer possível lesão que o ato possa causar.

Paulo Cesar Conrado explica que o mandado de segurança preventivo ou repressivo:

Revela-se como instrumento de jurisdição específica, afastando-se, portanto, da cláusula (genérica) do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, para aproximar-se da base (especial) do art. 5º, inciso LXIX, dispositivo do qual sacamos as (específicas) condições que permeiam essa “ação” (especial): (i) a existência (consolidada ou iminente) de ato de autoridade pública e (ii) o direito líquido e certo.
(CONRADO, Paulo Cesar. 2012)

Existe a possibilidade ainda de impetração do mandado de segurança contra atos continuados, ou seja, quando os tributos incidem periodicamente, conforme veremos nos próximos itens.

3.3.1. O Mandado de Segurança Repressivo

O artigo 23 da Lei n. 12.016/2009 determina o prazo de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança, a contar da ciência do ato coator cometido pela autoridade pública. O prazo referido pelo artigo é considerado decadencial pela maior parte da doutrina, e dessa maneira é aplicável apenas à modalidade repressiva do *writ*.

A tutela repressiva da ação, portanto, é impetrada “*a posteriori*”, ou seja, após o ato lesivo ser cometido. Dessa forma, visa sanar os eventuais prejuízos causados ao contribuinte (legitimado ativo da ação) em decorrência de tais ilegalidades ou abuso de poder.

Em matéria tributária, a autoridade pública pode cometer diversos atos passíveis de impetração do mandado de segurança na modalidade repressiva, como por exemplo: lançamento de tributos considerados inconstitucionais, cobrança de penalidades abusivas e mesmo a realização de procedimentos fiscalizatórios efetuados de forma ilegal ou abusiva.

Assim, independentemente da via administrativa para discutir o ato, o contribuinte poderá lançar mão do mandado de segurança repressivo visando a proteção do seu direito líquido e certo, bem como o cancelamento do ato que ensejou a impetração da ação.

3.3.2. O Mandado de Segurança Preventivo

O art. 1º da Lei n. 12.016/2009 dispõe sobre o mandado de segurança preventivo quando se refere ao “justo receio” do contribuinte em sofrer uma violação ao direito líquido e certo. Nesse prisma, não é necessário que o direito tutelado pela ação mandamental tenha sofrido efetivamente a violação descrita no artigo citado, mas apenas que haja o receio de sofre-lo ou que tal situação esteja acontecendo no momento da impetração.

Segundo a doutrina especializada de Hugo de Brito Machado:

... para ensejar a impetração preventiva, portanto, não é necessário que esteja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei questionada. Basta que tal situação esteja acontecendo, ou seja,

tenha tido iniciada a sua formação. Ou pelo menos que esteja concretizados fatos dos quais logicamente decorre o fato gerador do direito cuja lesão é temida. (MACHADO, Hugo. 2009)

Nesse prisma, a propositura dessa modalidade de mandado de segurança caracteriza uma prevenção quanto a prática constitutiva do crédito tributário pela autoridade administrativa, que é obrigada a efetuar o lançamento do tributo por força do artigo 142 do Código Tributário Nacional. Portanto, assim que o contribuinte tem conhecimento sobre a Lei instituidora da regra-matriz de incidência tributária e a efetivação do ato constitutivo do crédito, deve impetrar o *mandamus* garantindo a tutela jurisdicional antes que a relação tributária seja formada, obtendo uma ordem declaratória de não incidência do tributo.

É importante frisar ainda que, diante da impetração do mandado de segurança preventivo com pedido de medida liminar antes do lançamento do crédito tributário, caso seja concedida haverá o impedimento da constituição do crédito pleiteado pela autoridade pública.

Por fim, podemos concluir que não é necessária que a situação de fato constituidora do crédito tributário seja efetivada para impetração do mandado de segurança, bastando apenas a existência de ameaça ou lesão ao direito do contribuinte, com a finalidade de ver reconhecida a inexistência de relação tributária.

3.4. O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO TRIBUTÁRIO

A Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso LXX que “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Diante da qualquer ilegalidade ou abuso de poder em detrimento de determinados grupos de indivíduos há autorização legal para impetração do mandado de segurança coletivo pelos legitimados do artigo 5º, inciso LXX da Carta Magna, importando dizer que nesses casos, não há necessidade de autorização por

parte dos seus membros, uma vez que não se trata de substituição processual, já que os legitimados agem em nome próprio com reflexo em seus filiados.

Importante dizer que a Lei 12.016/2009, trata dos direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo no seu artigo 21, parágrafo único incisos I e II, que definem os direitos coletivos como 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 e os individuais homogêneos como os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

No direito tributário, o mandado de segurança tem utilização principalmente para as sociedades de classe e associações visando a proteção de direito líquido e certo de seus membros.

A Ordem dos Advogados, por exemplo, pode impetrar mandado de segurança coletivo como o intuito de impedir a cobrança de determinado tributo manifestamente ilegal de seus associados por parte da Administração Pública.

3.5. A LIMINAR E A SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Conforme vislumbrado no item 2.5, a liminar em sede de mandado de segurança tem a função de assegurar, mesmo que provisoriamente, o direito violado ou ameaçado de lesão pela autoridade coatora, logo no início da ação mandamental.

A liminar em sede de mandado de segurança tributário é fundamental para que o contribuinte proteja seu direito contra cobranças ou atos ilegais praticados pelos representantes da Fazenda Pública, uma vez que a sua concessão evita que o patrimônio do impetrante seja reduzido em razão dessas ilegalidades, enquanto a ação não for julgada definitivamente.

Dessa maneira, para que a o pedido de medida liminar seja concedido pelo magistrado, o contribuinte deve demonstrar de maneira clara o direito objeto da ação e o perigo da demora para a efetivação da medida.

É o que ensina James Marins quando aborda os requisitos para concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança tributário.

O que deve ser analisado na cognição liminar é tão somente a plausibilidade da afirmação feita pelo impetrante de existência de direito líquido e certo desrespeitado ou sob ameaça (juridicidade ostensiva do pedido), por autoridade ou agente do Poder Público (‘relevância do fundamento’ ou ‘fumus boni iuris’) e a necessidade de ‘proteção imediata deste direito afirmado (‘risco de ineficácia a medida’ ou ‘periculum in mora’). (MARINS, James. 2002)

Assim, na vigência da medida liminar deferida pelo magistrado, a pretensão de cobrança de um tributo pela autoridade pública fica suspensa, conforme nos ensina Paulo de Barros Carvalho:

Concedida a liminar, em processo de mandado de segurança impetrado contra ato jurídico administrativo de lançamento tributário, a exigibilidade do ato fica suspensa, de sorte que a Fazenda passa a aguardar a sentença denegatória, ou, então, que a medida venha a ser sustada. (CARVALHO, Paulo. 1999)

Diante desses fatos, a suspensão do crédito tributário ganha forma diante do que determina o artigo 151 do CTN que contém o rol de circunstâncias que suspendem o crédito.

Entretanto, questão controvertida no direito tributário está no fato de alguns juízes exigirem, para a concessão da medida, o depósito do montante integral para garantir a satisfação da demanda caso o impetrante não obtenha êxito na ação. Essa exigência é manifestamente ilegal, uma vez que vai contra todos os dispositivos que disciplinam o mandado de segurança e a proteção do direito líquido e certo do contribuinte.

Por fim, é importante salientar ainda que, caso a liminar seja concedida no mandado de segurança preventivo, o crédito tributário intentado pelo Estado não será apenas suspenso, mas haverá o impedimento de constitui-lo. O se deve ficar claro aqui, é que o impedimento é apenas da constituição do crédito tributário, mas não do lançamento do tributo que o ensejou, por ser ato vinculado da autoridade fazendária. Nesse sentido explica Alexandre Rossato Avila:

Embora o Código Tributário Nacional faça referência ao crédito tributário, supondo-se já ter havido o lançamento, em muitos casos a suspensão opera-se em momento anterior à própria constituição do crédito tributário. Nestes casos, as causas suspensivas servirão para momentaneamente dispensar o contribuinte do cumprimento da obrigação tributária, seja principal ou acessória, mas jamais poderão impedir que a Autoridade administrativa proceda o lançamento, sobretudo porque a Fazenda Pública poderá decair do direito de constituir o crédito tributário. (ÁVILA, Alexandre. 2009)

3.6. A SENTENÇA NO MANDADO DE SEGURANÇA TRIBUTÁRIO

Conforme vimos no item 2.6, a sentença em sede de mandado de segurança configura o efeito mandamental, ou seja, uma ordem do juiz. Nesse sentido, a ação mandamental não serve como ação de cobrança de acordo com a Súmula 269 da Alta Corte. Portanto, a sentença deve ser executada como uma ordem a ser cumprida pela autoridade coatora que praticou o ato ilegal impugnado pelo contribuinte.

No mesmo sentido explica Hugo de Brito Machado:

Outra não é a razão pela qual o mandado de segurança não substitui a ação de cobrança, nem a sentença que concede o mandado de segurança produz efeitos patrimoniais relativamente ao período pretérito, devendo tais efeitos serem reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria. Tais restrições ao mandado de segurança somente se aplicam em face da natureza mandamental da sentença que no mesmo se obtém, a qual decorre da natureza do pedido que na impetração geralmente se faz. (MACHADO, Hugo. 2009)

Diante desses conceitos, podemos entender que ao impetrar o mandado de segurança, o contribuinte não deve visar a restituição ou indenização por valores eventualmente retirados do seu patrimônio em razão do ato coator que ensejou a ação, mas sim deve visar a ordem para cessar o ato e a proteção do seu direito que

está sendo lesado ou em vias de o ser.

Além disso, cabe destacar o que dispõe o § 3º do artigo 14 da Lei 12.016/2009 que possui o seguinte texto, “*sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar*”. De acordo com o texto normativo, mesmo estando sujeita ao duplo grau de jurisdição, a sentença que concede a segurança pode ser executada provisoriamente, ou seja, caso seja interposto recurso de apelação, este deve ser recebido apenas no seu efeito devolutivo.

Entretanto, importante salientar o entendimento quanto à coisa julgada formal e material e seus efeitos diante da denegação da segurança. Dessa maneira, convém elencar o que preceitua o artigo 19 da Lei de Regência: “*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*”.

Diante desse dispositivo, podemos entender que caso a sentença denegatória do mandado de segurança não consista em decidir o mérito da ação, o contribuinte poderá impetrar novamente o mandado de segurança (caso seja repressivo, dentro do prazo de 120 dias) ou ajuizar ação ordinária ainda que esta consista em pedido mais amplo. De outro modo, caso a sentença consista em decisão do mérito, o objeto de discussão do mandado de segurança impetrado não poderá ser pleiteado por qualquer via judicial.

Para Hugo de Brito Machado, no entanto, a denegação da ordem em mandado de segurança não tem força de coisa julgada material, conforme se verifica por suas palavras:

“Denegando a segurança, mesmo com exame de mérito, o dispositivo da sentença diz apenas denego a ordem impetrada, porque a impetrante não tem direito a ela. Não há nele qualquer disposição a respeito do conflito impetrante autoridade impetrada. A afirmação de que inexistente o direito do impetrante é apenas o fundamento da denegação da segurança. E como tal não transita em julgado”. (MACHADO, Hugo. 2009)

Por fim, cumpre demonstrar nosso entendimento quanto à sentença no mandado de segurança que discute a cobrança de tributos de forma contínua, ao passo que que transitando em julgado a decisão, seus efeitos irão atingir os fatos geradores futuros, caso sejam idênticos aos questionados na ação, impedindo dessa maneira a cobrança desse tributo.

CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou abordar os temas mais importantes relacionados ao mandado de segurança como remédio constitucional adequado para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato ilegal ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou particular no exercício de funções públicas.

O fundamento constitucional para impetração do mandado de segurança se encontra no artigo 5º, inciso LXIX e LXX da Carta Magna, e atualmente está regulado na Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

Em matéria processual tributária, o mandado de segurança é uma das ações mais utilizadas para proteção dos direitos dos contribuintes contra cobranças manifestamente ilegais ou inconstitucionais de tributos. Isso se deve em razão de seu caráter célere e mandamental, constituindo o dever do Poder Público em suspender a cobrança imediatamente após a concessão da medida liminar, conforme dispõe o artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional, até o trânsito em julgado da sentença.

Além disso, o *Writ* pode ser repressivo ou preventivo conforme visto acima. Na primeira forma, a ação visa proteger o direito do contribuinte quando o crédito tributário já fora constituído pelo lançamento. Já na segunda forma, como o próprio nome já diz, a ação visa a proteção do direito antes da constituição do crédito tributário preventivamente.

Importante frisar que o mandado de segurança possui prazo de 120 (cento e vinte) dias para sua impetração, da ciência do ato coator que violar direito líquido e certo do contribuinte.

Por fim, cabe destacar que o mandado de segurança é uma das vias mais utilizadas para impedir que o direito do contribuinte em não ver seu patrimônio diminuído por uma cobrança tributária ilegal seja efetivamente protegido, uma vez que essa ação constitucional possui a missão de impedir tais cobranças de forma célere e obrigando a Administração Pública a obedecer a ordem judicial emanada em suas decisões.

REFERÊNCIAS

- FUX, Luiz. **O Mandado de Segurança**. São Paulo. Editora: Forense, 2011, p. 15.
- ARRUDA, Teresa Arruda Alvin Pinto. **Mandado de segurança contra ato judicial**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33.
- Teresa Arruda Alvin Pinto. **Mandado de segurança contra ato judicial**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira, coligados e coordenados por Homero Pires**, 1934, São Paulo, Saraiva e Cia. v.5, fls. 505.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. São Paulo, Malheiros: 1999, p. 34/35
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 132
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. São Paulo, Malheiros: 1999, p. 34/35
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo, Malheiros, 2009. p. 442
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo, Malheiros, 2009. p. 189
- MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 3ª Ed. São Paulo, Dialética, 2002; p. 487
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 25
- BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova Lei Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009
- BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova Lei Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 52ª edição. p. 72. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 52ª edição. p. 79. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31. edição: Atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. Forense, 9ª Edição, p. 53

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 4ª edição. São Paulo: Dialética. 2000

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**, Forense, 9ª Edição. Forense, p. 2000

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova Lei Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova Lei Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 76

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Ed. RT, 2001. Pág. 94

WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)**. In **Reforma do Código de Processo Civil**. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996 Pág. 44

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 3ª Ed. São Paulo, Dialética, 2002; p. 465

CAIS, Cleide Privitali. **O Processo Tributário**. 4ª ed. São Paulo RT, 2004. p. 296.

MACHADO, H. de B. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 8. ed. São

Paulo: Dialética, 2009. pág. 17

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança 31**. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, H. de B. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009; p. 81

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo Tributário**. 3ª edição, São Paulo, Quartier Latin, 2012, os. 229/

MACHADO, H. de B. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 3ª Ed. São Paulo, Dialética, 2002; p. 473

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 407

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009; p. 314

MACHADO, H. de B. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009; p. 192

MACHADO, H. de B. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2009; p. 192