

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

A nova lei do mandado de segurança no direito tributário

Autores:

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

MP
EDITORA

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

N811

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

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

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

10-2863

CDU: 347.951.3(81)

Capa
Veridiana Freitas

Preparação e revisão de provas
Mônica Aparecida Guedes

Editoração
Mônica Aparecida Guedes

Diretor responsável
Marcelo Magalhães Peixoto

Todos os direitos desta edição reservados à

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

PREFÁCIO

A Associação Paulista de Estudos Tributários – APET e a MP Editora trazem, pelas mãos dos coordenadores Diego Diniz Ribeiro, Jorge Sylvio Marquezi Júnior e Marcelo Viana Salomão, ilustres advogados e professores, esta alentada obra coletiva sobre a nova lei do mandado de segurança e seus reflexos para o direito tributário.

O mandado de segurança, garantia constitucional destinada a amparar direito líquido e certo (art. 5º, LXIX CR), até há pouco disciplinado pela Lei n. 1.533/51, tornou-se, há décadas, a ação antiexacional por excelência em matéria tributária, por constituir o instrumento utilizado mais frequentemente pelos contribuintes para impugnar exigências fiscais consideradas indevidas.

A Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, como todo texto normativo recém-editado, tem ensejado novas polêmicas em torno desse clássico instituto, suscitando dúvidas quanto à sua aplicação.

Ao revogar a Lei n. 1.533/51, incorporou orientações jurisprudenciais consolidadas e trouxe a reclamada disciplina sobre o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX CR).

A par disso, eliminou normas distanciadas da realidade e alterou prazos na tramitação da ação de segurança.

Diante desse novo regramento legal, parece-nos que a ocasião impõe repensar o instituto, com vista a indagar se, efetivamente, vem ele operando com toda a sua eficácia.

Nossa impressão, extraída da prática forense, é negativa.

É o mandado de segurança ação célere em sua tramitação, como estatuído pela ordem jurídica?

Entendemos que não.

O provimento positivo nele expedido é efetivo como determinado na Constituição e na lei?

Por vezes não.

Há banalização no emprego da ação de segurança?

Pensamos que sim, pois a impetração de milhares de mandados de segurança, diante de toda e qualquer situação, acaba por conferir ao instituto um caráter ordinário que não possui.

Na seara tributária, saliente-se, esses problemas acentuam-se, em face da tensão inerente às relações Fisco-contribuinte.

A edição da nova lei enseja meditar-mos sobre essas e muitas outras questões.

Nesse contexto, de fundamental importância uma obra que venha a trazer considerações efetuadas tanto por doutrinadores consagrados, quanto por jovens estudiosos, todos especialistas em direito tributário, apresentando-nos uma visão diversificada das múltiplas discussões que se põem diante do novo diploma legal.

Assim, o livro ora publicado, cuja leitura recomendamos, representa significativa contribuição ao aperfeiçoamento dos estudos do mandado de segurança em matéria tributária.

São Paulo, março de 2010.

Regina Helena Costa

Livre-docente em Direito Tributário pela PUC/SP

Professora de Direito Tributário da PUC/SP

Desembargadora Federal - TRF 3ª Região

SUMÁRIO

A NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA E DIREITO INTERTEMPORAL: QUESTÕES CONTROVERSAS	9
<i>Diego Diniz Ribeiro</i>	
<i>Jorge Sylvio Marquezi Júnior</i>	
1. A Lei n. 12.016/09 e o novo mandado de segurança	9
2. O direito intertemporal: fixando premissas	10
3. Segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas	15
4. Medida liminar e mandado de segurança: as vedações do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, direito intertemporal e segurança jurídica	17
5. Conclusões	21
RECURSO JUDICIAL SEM EFEITO SUSPENSIVO E A POSSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA: UMA ANÁLISE DA SÚMULA 267 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	23
<i>Carolina Lima Matthes</i>	
<i>José Luiz Matthes</i>	
1. Introdução	23
2. Do não cabimento de mandado de segurança em face de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo	25
3. A Súmula 267 do STF	26
4. A jurisprudência acerca do tema	28
5. Conclusão	31
6. Bibliografia	31
MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E A PARTICIPAÇÃO DO ÓRGÃO AO QUAL A AUTORIDADE COATORA ESTÁ VINCULADA: NATUREZA JURÍDICA. CIÊNCIA É CITAÇÃO? (ART. 7º, INCISO II)	33
<i>Eduardo Arruda Alvim</i>	
1. Introdução – autoridade coatora	33
2. Autoridade coatora como órgão público	39
3. O Conceito de parte e sua análise para que entendamos a figura da autoridade coatora	43
4. Legitimidade recursal da autoridade coatora	48
5. Ciência da pessoa jurídica interessada	50
6. Referências bibliográficas	51

**RECURSO ADMINISTRATIVO, SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE
DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E VEDAÇÃO À IMPETRAÇÃO DE
MANDADO DE SEGURANÇA** 55

Fabiana Del Padre Tomé

1. Delimitação do problema	55
2. Controle de legalidade e processo administrativo tributário	57
3. Recursos administrativos (acepções e espécies)	58
4. Espécies de recursos administrativos em sentido amplo	60
5. Efeitos dos recursos administrativos <i>lato sensu</i> em matéria tributária	62
6. Natureza constitucional do direito a recursos administrativos <i>stricto sensu</i>	62
7. Livre acesso ao Judiciário e o princípio do devido processo legal	64
8. O mandado de segurança como garantia constitucional: seu cabimento contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário	66
9. Conclusões	70
Referências bibliográficas	71

**PEDIDO DE SUSPENSÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA
EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA** 73

Fábio Pallaretti Calcini

1. Introdução	73
2. O mandado de segurança e o pedido de suspensão: uma leitura constitucional como premissa	74
3. A Lei 12.016/2009 e o pedido de suspensão: art. 15	75
4. Pedido de suspensão no mandado de segurança em matéria tributária	86
5. Conclusão	93

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA 95

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini

João Bosco da Nóbrega Cunha

1. Introdução	95
2. Breve histórico	95
3. Campo residual	99
4. Garantia Constitucional	100
5. Mandado de Segurança Coletivo	101
6. Da concessão de medida liminar em mandado de segurança coletivo	111
7. Mandado de segurança coletivo como instrumento de defesa de parcela dos substituídos	113
8. Da desnecessidade de autorização dos substituídos processuais para impetração do mandado de segurança coletivo	115
9. Da coisa julgada no mandado de segurança coletivo	116
10. Da utilização do mandado de segurança coletivo em matéria tributária	120
11. Matérias excluídas de proteção liminar pelo remédio heroico	121

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO	125
<i>Hugo de Brito Machado</i>	
1. Introdução	125
2. Garantia constitucional e jurisdição	126
3. Direito ao crédito e direito de compensar	128
4. Flagrante inconstitucionalidade	131
A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO, FIANÇA OU DEPÓSITO PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA JUDICIAL LIMINAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	137
<i>Hugo de Brito Machado Segundo</i>	
1. Introdução	137
2. O processo e o tempo	138
3. Tutela de urgência, proporcionalidade e princípios constitucionais	142
4. Liminar em mandado de segurança e a exigência de garantia	146
5. Liminar destinada à suspensão da exigibilidade e a exigência de depósito	147
6. Conclusões	150
A LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS VINDAS DO EXTERIOR E A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR VIA MANDADO DE SEGURANÇA	151
<i>Marcelo Viana Salomão</i>	
I. Introdução	151
II. Desenvolvimento	153
III. Conclusão	159
CONCESSÃO DA SEGURANÇA: RESTRIÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA E O DIREITO À COMPENSAÇÃO	165
<i>Márcio Severo Marques</i>	
Fundamento de validade das disposições do CTN	166
Unidade do ordenamento jurídico e o direito tributário como de sobreposição	167
A compensação no âmbito do direito privado e na Constituição	170
A compensação no Código Tributário Nacional	171
Diagnóstico da patologia	172
A contaminação da legislação pela jurisprudência	177
As restrições previstas pela nova Lei n. 12.016/09 e a subsistência do direito à compensação	178

TUTELAS DE URGÊNCIA, COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO-CONTRIBUINTE: ANÁLISE DOS §§ 2º E 5º DO ART. 7º DA LEI N. 12.016/2009	181
<i>Rodrigo César de Oliveira Marinho</i> <i>Marcos de Aguiar Villas-Bôas</i>	
1. Apresentação do tema	181
2. A vedação de compensação tributária por meio de liminar: análise legislativa infraconstitucional e jurisprudencial	187
3. A (in)constitucionalidade dos §§ 2º e 5º do art. 7º da Lei 12.016/2009	193
4. Conclusões	204
5. Referências	205