

DA INVERSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO ESTADO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Poliane Natale Rodio¹
Cássio Andrei Vargas Furlan²

Recebido em: 11 mai. 2016
Aceito em: 08 jul. 2016

Resumo: O presente trabalho versa sobre a impetração do mandado de segurança pelo Estado em matéria tributária, em como é a visão doutrinária e jurisprudencial acerca dessa impetração, bem como este ato processual acarreta a inversão do instituto. Apresentado sob a forma de artigo científico atendendo requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela UNIARP. Para melhor compreensão, o relato é dividido em três partes. Na primeira parte será abordado sobre a impetração do mandado de segurança contra ato judicial. Em um segundo momento o estudo dissertará acerca das prerrogativas da Fazenda Pública. Na terceira parte relata-se a respeito das consequências da impetração do mandado de segurança pelo Estado contra ato judicial. Conclui-se que a utilização do *mandamus* pelas pessoas jurídicas de direito público, principalmente contra ato judicial favorável ao contribuinte, acarreta um manifesto ataque as garantias fundamentais conferidas ao cidadão pelo nosso ordenamento jurídico. Assim, a impetração do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público, configura a inversão da finalidade pela qual o instituto foi criado, bem como o fortalecimento do Estado contra o particular. O método utilizado é indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: Mandado de segurança. Fazenda Pública. Contribuinte. Garantias fundamentais.

OF THE REVERSAL OF THE PURPOSE OF THE WRIT OF MANDAMUS FILED BY THE STATE IN TAX MATTERS

Abstract: This paper deals with the filing of the State by the injunction in tax matters, how is the doctrinal and jurisprudential view about this petition and this procedural act requires the reversal of the institute. Presented in the form of a scientific paper serving mandatory requirement for the degree of Bachelor of Law UNIARP. For better understanding, the report is divided into three parts. The first part will be covered on the petition against the judicial act injunction. In a second phase the study will speak about the prerogatives of the Treasury. In the third part it is reported about the consequences of filing the injunction against the state judicial act. We conclude that the use of mandamus by legal entities of public law, especially against favorable judicial act to the taxpayer carries a manifest attack the fundamental rights guaranteed to citizens by our legal system. Thus, the filing of the injunction by the legal entities of public law, sets the reversal of the purpose for which the institute was created, as well as the strengthening of the rule against particular. The method used is inductive associated with the bibliographic research using descriptive production and observing the Standards of Academic

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

² Professor da Graduação do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

University Alto Rio do Peixe Valley (UNIARP) and rules of the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT).

Keywords: Injunction. Public farm. Taxpayer. Fundamental guarantees.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico apresenta como tema a impetração do mandado de segurança pelo Estado em matéria tributária, ou seja, a utilização por parte do ente tributante do instrumento processual criado para a defesa dos direitos do contribuinte contra ele.

O problema analisado está sob a ótica dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Portanto, qual a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o mandado de segurança impetrado pelo Estado em matéria tributária?

Sabe-se que o mandado de segurança faz parte do rol dos remédios constitucionais, sendo utilizado para proteger as garantias fundamentais conferidas ao cidadão pelo nosso ordenamento jurídico.

Assim, deveria o mandado de segurança ser instituto utilizado tão somente pelos cidadãos para a garantia de seus direitos individuais e coletivos, contra os excessos do Poder Público.

O mandado de segurança tem se mostrado admirável como um instrumento colocado à disposição dos contribuintes para controle da validade jurídica da tributação. Contudo, o Estado como entidade soberana que é, tem se utilizado desse instrumento processual a fim de minimizar ou neutralizar os efeitos das ferramentas processuais empregadas pelo contribuinte, o que se mostra inteiramente incabível.

A pesquisa desenvolveu-se em três partes, sendo estudado no primeiro momento sobre a impetração contra ato judicial; na segunda parte será explanado acerca das prerrogativas da Fazenda Pública; e por fim demonstrar as consequências da impetração do mandado de segurança pelo Estado contra ato judicial.

O método adotado foi o indutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva, de acordo com a normalização dos trabalhos acadêmicos da UNIARP e normas da ABNT.

2 DA IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL

É consabido que o âmbito de incidência do mandado de segurança é residual, ou seja, caberá sua impetração quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.³

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158.

Portanto, nas situações teratológicas, abusivas que possam gerar dano irreparável à parte ou até mesmo nos casos em que o recurso não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, o mandado de segurança contra ato judicial é medida cabível.

Conforme dispõe o art. 5º da Lei 12.016/2009:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.⁴

Assim, verifica-se que a impetração contra ato judicial é medida excepcional, cabível, desde que não configure as hipóteses previstas no dispositivo supramencionado.

Contudo, a impetração de mandado de segurança contra ato judicial é uma questão bastante complexa no nosso ordenamento jurídico, haja vista que não raras às vezes tem sido utilizado como forma de sucedâneo recursal.

Luiz Guilherme Marinoni elucida que:

Por exemplo, tem-se visto que qualquer tentativa de eliminar de algum recurso o efeito suspensivo – ou mesmo de eliminar o cabimento de recurso em certa situação – é prontamente respondida pela prática forense com o emprego do mandado de segurança em substituição ao recurso inexistente ou para conferir efeito suspensivo ao recurso que não o ostenta mais. Se, por vezes, essa função residual é importante para evitar abusos judiciais em casos determinados, por outras ordenariza o mandado de segurança e o transforma em pouco mais do que um pedido de reconsideração.⁵

Embora esse procedimento tenha sido utilizado muitas vezes de forma desenfreada, principalmente pela Fazenda Pública, a fim de atacar decisões favoráveis aos cidadãos, não há óbice para sua utilização quando todas as possibilidades legais estejam esgotadas ou mesmo sejam ineficazes contra decisão judicial que lesa ou pode lesar os direitos das partes.

Destarte, como afirma Leonardo Carneiro da Cunha, a impetração do mandado de segurança contra ato judicial será cabível apenas quando o sistema recursal revelar-se insuficiente para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente.⁶

3 DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

O termo Fazenda Pública é utilizado quando se faz menção às pessoas jurídicas de direito

⁴ BRASIL. Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 22 de ago. 2015

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2012. p. 248.

⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 543.

público, como a União, os Estados, os Municípios e até mesmo suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Conforme explica Leonardo da Cunha, a ideia de Fazenda Pública traduz a atuação do Estado em juízo, representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre a matéria estritamente fiscal ou financeira.⁷

Nesse sentido leciona Hely Lopes Meirelles:

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque o erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.⁸

Em razão de tutelar o interesse público, foi concedido à Fazenda Pública algumas prerrogativas processuais, a fim de poder melhor atuar na proteção dos interesses da coletividade.

Dentre essas prerrogativas, podem-se citar os prazos processuais em dobro, o reexame necessário, a prescrição em favor da Fazenda Pública, foro privilegiado, regime de precatórios, etc.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Mineiro:

AÇÃO MONITÓRIA - FAZENDA PÚBLICA - PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS - ART. 188 DO CPC - APLICABILIDADE - CÔMPUTO EM QUÁDRUPLO. -Entendendo que os embargos monitórios têm natureza jurídica de contestação, inafastável a conclusão de que também se aplica a regra contida no art. 188 do Código de Processo Civil em caso de ação monitória ajuizada contra a Fazenda Pública. É de se reconhecer, portanto, o cômputo em quádruplo do prazo para oferecimento de embargos monitórios pela Fazenda Pública.⁹

Embora a justificação de concessão das prerrogativas processuais seja justamente a tutela do interesse público sobre o particular, é inconteste que muitas vezes, a Fazenda Pública tem-se utilizado desses “privilégios” a fim de protelar o cumprimento de suas obrigações.

A título de exemplo, pode-se citar o não pagamento de precatórios, prática costumeira entre as pessoas jurídicas de direito público. Assim, vários direitos fundamentais legítimos dos cidadãos são lesados em razão dos artifícios judiciais reiteradamente praticados pela Fazenda Pública.

Desta feita, conforme o art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil tem como seu fundamento a dignidade da pessoa humana, o que demonstra se tratar de interesse público da mais alta relevância. Portanto, tutelar um direito fundamental individual, como bem afirma Marcelo de Souza Melo, é proteger o homem, o elemento primordial da sociedade e do próprio

⁷ Ibid., p. 15.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590.

⁹ TJ-MG - AC: 10245120194874001, Relator: Eduardo Andrade. Data de Julgamento: 28/05/2014, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/06/2014.

Estado.¹⁰

Portanto, é certo que a prioridade da Fazenda Pública deve ser sempre o interesse da coletividade e não os seus próprios interesses enquanto sujeito de direitos e obrigações.

4 CONSEQUÊNCIAS DA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PELO ESTADO CONTRA ATO JUDICIAL

Ao se conceituar o mandado de segurança, a maioria dos doutrinadores o define como instrumento de defesa do particular, do indivíduo ou do cidadão contra o Estado.¹¹

Contudo, verifica-se que há uma quantidade considerável de mandados de segurança impetrados contra atos judiciais pelas pessoas jurídicas de direito público, o que significa que o Estado tem se utilizado do instrumento processual criado para a defesa dos direitos dos cidadãos contra ele.

Em que pese o mandado de segurança seja instrumento processual de defesa do cidadão, parte da doutrina e da jurisprudência entende que não há como vedar às pessoas jurídicas de direito público a utilização do *mandamus*.

Nesse sentido colhe-se da jurisprudência:

Mandado de segurança – Impetração por parte de pessoa de direito público – Admissibilidade – Provimento do recurso.
Pessoas jurídicas de direito público, não há dispositivo constitucional ou legal que se impeça de impetrar mandado de segurança, quando se sentirem atingidas em direito líquido e certo.¹²

Portanto, da mesma forma que não é permitido às pessoas jurídicas de direito público impetrarem *habeas corpus*, também não se mostra razoável permitir a impetração do mandado de segurança. A natureza do instituto encontra-se turbada o que conseqüentemente acarretou a inversão de sua finalidade.

Tendo em vista que o mandado de segurança faz parte do rol de instrumentos criados para proteger direitos fundamentais dos indivíduos, segundo a jurisprudência alemã, a regra é que pessoas jurídicas de direito público não podem ser titulares de direitos fundamentais.

Contudo, em nosso ordenamento jurídico, o entendimento majoritário é no sentido que as pessoas jurídicas de direito público são titulares de alguns direitos fundamentais.

Contudo, é certo que o mandado de segurança é um instrumento que o nosso ordenamento

¹⁰ MELO, Marcelo de Souza. Prerrogativas da Fazenda Pública. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17645>. Acesso em: 12 set. 2015.

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 79.

¹² STF – MS 3.709, Rel. Min. Afrânio Costa, em 06/07/1957, DJ, 21/10/1957.

jurídico estabeleceu para a defesa do particular contra os excessos do Poder Público. Quando o Estado impetra o *mandamus* contra ato judicial favorável ao particular, acaba por afrontar as garantias constitucionais do cidadão.

Nesse sentido, colhe-se entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

(...). Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais.¹³

Em analogia ao instituto do mandado de segurança e à titularidade dos direitos fundamentais, verifica-se que há divergência jurisprudencial no que se refere a impetração de mandado de injunção pelas pessoas jurídicas de direito público:

Outorgar ao Município legitimidade ativa processual para impetrar mandado de injunção seria elastecer o conceito de direitos fundamentais além daquilo que a natureza jurídica do instituto permite.¹⁴

Em entendimento contrário, colhe-se:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos o entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante de omissão legislativa do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa para propor ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.¹⁵

Ainda em referência à titularidade dos direitos fundamentais, extrai-se pequeno trecho do acórdão do eminente Ministro Luis Felipe Salomão no REsp 1.258.389-PB:

Ocorre que a inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado, e não ao particular. Porém, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do STF nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos

¹³ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins. Berlim: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005. p 172.

¹⁴ STF - AGRM 595/MA, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/4/99.

¹⁵ STF - MI 725/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/5/2007.

fundamentais. Finalmente, cumpre dizer que não socorrem os entes de direito público os próprios fundamentos utilizados pela jurisprudência do STJ e pela doutrina para sufragar o dano moral da pessoa jurídica.¹⁶

Portanto, o que se afirma, não é no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público não podem defender seus interesses frente a um ato processual favorável ao particular, mas no sentido de que poderiam se utilizar das vias ordinárias, o que se mostra muito mais razoável, deixando que o remédio constitucional mandado de segurança fosse tão somente utilizado pelos titulares dos direitos fundamentais, ou seja, o cidadão.

Leciona José Afonso Silva que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.¹⁷

Acerca da utilização do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público, Hugo Brito Machado arrebatava:

O que se está verificando com o uso do mandado de segurança é bem uma evidente mostra de como é perigoso é o poder, e mais e mais perigoso é o poder estatal. [...] Titular de Poder, o Estado cria a própria norma jurídica, instrumento pelo qual se impõe aos governados. Não tem a mais mínima necessidade de proteção contra seus súditos. E no caso, arrebatava destes aquela garantia constitucional, e passa a utilizá-la para enfraquecer as demais garantias que a ordem jurídica edificou para protegê-los, num processo realmente avassalador.¹⁸

Portanto, em que pese as pessoas jurídicas de direito público não sejam titulares de todos os direitos fundamentais, ao se assentir que as pessoas jurídicas de direito público impetrem mandado de segurança contra ato judicial realizado para resguardar direito de particular, configura-se, portanto, sua total inversão da finalidade para qual foi criado o mandamus, razão pela qual a consequência dessa permissão, além de turbar a pureza do instituto, acaba por cooperar para o indesejável fortalecimento do Estado, em agravo do cidadão.

¹⁶ STJ - REsp 1.258.389-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013.

¹⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 178.

¹⁸ MACHADO, 2006, p. 90/91.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como foco de pesquisa a utilização do mandado de segurança pelas pessoas jurídicas de direito público, principalmente em matéria tributária e como esse ato processual gera a inversão da finalidade do instituto.

Neste sentido pode-se observar através do presente trabalho, que a maioria da doutrina e até mesmo da jurisprudência admitem a utilização do writ pelas pessoas jurídicas do direito público, pois quando da impetração, as pessoas jurídicas de direito público são consideradas como pessoas, possuindo, portanto, a titularidade de alguns direitos fundamentais.

Ainda assim, não são argumentos razoáveis, posto ser clarividente a inversão da finalidade e o propósito a qual foi criado o instituto do mandado de segurança.

Há a possibilidade de que as pessoas jurídicas de direito público se utilizem das vias ordinárias, possibilitando que somente os cidadãos façam uso do mandado de segurança em matéria tributária. Deve haver apoio e incentivo para que tal ato processual seja mais utilizado.

6 REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELO, Marcelo de Souza. Prerrogativas da Fazenda Pública. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17645>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins. Berlim: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.