

## **PARECER**

**PGFN/CRJ/Nº 2527/2009**

*Karol Teixeira de Oliveira*  
*Procuradora da Fazenda Nacional*

Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 - Nova disciplina do mandado de segurança, em suas modalidades individual e coletiva.

Análise das principais inovações que repercutem na representação judicial da Fazenda Nacional.

## I

## DO OBJETO DA CONSULTA

O presente parecer consiste em uma primeira leitura da *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*, estatuto que confere *nova disciplina ao mandado de segurança*, nas modalidades individual e coletiva do remédio constitucional, ao passo em que *revogou as leis que antes regiam a matéria* - Leis nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962, nº 4.348, de 26 de junho de 1964, nº 5.021, de 9 de junho de 1966 – além de outros dispositivos (art. 29 da Lei nº 12.016, de 2009).

2. Como mencionado, trata-se de uma primeira análise, em que se busca, essencialmente, chamar a atenção para alguns novos dispositivos, e traçar algumas diretrizes, sem descuidar que, por se tratar de novo diploma, apenas o tempo possibilitará uma sólida construção doutrinária e jurisprudencial acerca das modificações implementadas pela nova lei.

3. Informamos que esta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional/CRJ também já está estudando possíveis medidas visando propor alteração/revogação de dispositivos constantes da Lei nº 12.016, de 2009, que, em seu entender, implicam retrocesso quanto às prerrogativas dos representantes judiciais da Fazenda Pública, bem como em relação às normas de direito processual de uma forma geral, por ter desconsiderado alterações promovidas no Código de Processo Civil e em outras leis esparsas após a propositura do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.016, de 2009.

4. Antes de passar propriamente ao objeto da consulta, parece-nos importante fazer um breve relato acerca da tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.016, de 2009, nesta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional.

5. Conforme se pode depreender da Mensagem nº 824, de 07 de agosto de 2001, que transmitiu a Exposição de Motivos do mencionado projeto ao Congresso Nacional, tratava-se de texto elaborado naquele ano de 2001. Não obstante tratar-se de projeto antigo, apenas foi submetido à apreciação da Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional/CRJ quando tramitava no Senado Federal em regime de urgência.

6. Esta Coordenação-Geral, atendendo à consulta formulada, e dentro dos limites que a urgência requerida na apreciação da

matéria pôde permitir, elaborou o *Parecer PGFN/CRJ nº 1302, de 2009*, que foi encaminhado, juntamente com o *Parecer PGFN/CRJ nº 2192, de 2007*, à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, no intuito de contribuir com a redação do texto original.

7. É importante mencionar que foi pontuada pela CRJ/PGFN a necessidade de reformulação de vários dos dispositivos constantes do mencionado projeto de lei, e que, nesse sentido, a tão só possibilidade de vetar, e não poder reformular os dispositivos legais, não seria suficiente à correção e releitura que a matéria indiscutivelmente merecia.

8. Em seguida, esta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional elaborou o *Parecer PGFN/CRJ nº 1486/2009*, com argumentos para embasar a exclusão dos artigos cuja imperatividade de veto se mostrava inquestionável, sendo importante consignar a firme posição desta Coordenação-Geral no sentido de que os vetos propostos representavam apenas uma parte das modificações de que o projeto de lei carecia. Todavia, ao final, conforme se pode extrair do sítio eletrônico da Presidência da República, apenas dois vetos foram, de fato, apresentados, de forma que o projeto de lei original foi aprovado com poucas ressalvas.

9. Postas estas informações, passamos ao estudo dos assuntos que, inicialmente, merecem atenção, pedindo vênua, desde já, para transcrever dos pareceres já elaborados algumas observações pontuadas por ocasião da análise feita antes da aprovação do projeto de lei.

## II

### DA ANÁLISE DA LEI Nº 12.016/2009

10. Neste primeiro estudo, merecem atenção os arts. 6º, §3º, 7º, 9º e 13 da Lei nº 12.016, de 2009, por conterem disposições que repercutem na atuação judicial por parte das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Vejamos, inicialmente, o conceito de autoridade coatora constante da nova lei:

Art. 6º .....  
 §3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática. [...]

11. O parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 12.016, de 2009, conceitua a autoridade coatora como “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”, incluindo na definição aquele agente que foi mero executor do ato, inobstante não deter nenhum poder decisório para ordenar a prática ou desfazimento do ato apontado como coator.

12. Por ocasião da análise do projeto de lei, sugerimos a exclusão do dispositivo, ao argumento de que a nova redação ampliava, indevidamente, o conceito de autoridade a ser apontada como a coatora, alertando que, na prática, a definição, da forma em que posta, poderá ensejar situações em que agentes públicos serão compelidos - por vezes, sob pena de multa ou prisão - a dar cumprimento a ordens cujos atos não estão sequer compreendidos dentre suas atribuições, gerando situações de embaraço, ou mesmo de ilegalidade (em razão do desvio de competência), mas que deverão ser cumpridas por força de decisão judicial. Nesse sentido, reproduzimos abaixo parte das observações constantes do Parecer PGFN/CRJ nº 1302, de 2009:

[...]

17. A despeito de não haver um conceito legal de *autoridade coatora*, observa-se que a doutrina e nossos Tribunais convergem na idéia de que a definição de *autoridade coatora* pressupõe poder decisório para fazer ou desfazer o ato que se visa impugnar pela especial via do mandado de segurança.

18. Nos termos da melhor doutrina, invocamos as lições do professor *CASSIO SCARPINELLA BUENO*, em cujos termos a “*autoridade coatora é, pois, a pessoa que ordena a prática concreta ou a abstenção impugnáveis. Não quem fixa as diretrizes genéricas para a produção dos atos individuais. Tampouco o mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas. A autoridade coatora deve ter a competência para o desfazimento do ato. Trata-se, pois, de verificar quem tem função decisória ou deliberatória sobre o ato impugnado no mandado de segurança e não, meramente, função executória*”<sup>1</sup>. Consoantes estes ensinamentos, fica bastante claro que o agente que tão-somente cumpre ordens, implementando comandos recebidos de outrem, é apenas executor, não se enquadrando no conceito de autoridade coatora cujos atos possam ser atacados por meio do mandado de segurança.

19. Outrossim, também os e. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça assim vêm entendendo, conforme ementas extraídas de seus julgados abaixo transcritas:

<sup>1</sup> In BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23

EMENTAS: 1. *LEGITIMIDADE. Passiva. Mandado de segurança. Autoridade tida por coatora. Pensão previdenciária. Cancelamento. Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Legitimação passiva exclusiva deste. Execução por parte do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda. Irrelevância. Autoridade tida por coatora, para efeito de mandado de segurança, é a pessoa que, in statu assertionis, ordena a prática do ato, não o subordinado que, em obediência, se limita a executar-lhe a ordem. [...]*

(Supremo Tribunal Federal. MS 24927, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, DJ 25-08-2006)

\*\*\*\*\*

EMENTA: *Mandado de segurança regularmente remetido ao Supremo Tribunal com base na letra n do art. 102, I, da Constituição e requerido contra ato do Presidente de Tribunal Regional do Trabalho, como executor material de decisão terminativa do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, IX). Ilegitimidade passiva do impetrado, visto partir da Corte de Contas a causa eficiente da coação. Conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, insubsistente a liminar concedida na instância de origem. (Supremo Tribunal Federal AO 168, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 16-04-1999)*

[...]

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EXECUTOR MATERIAL DO ATO IMPUGNADO – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE JUDICIÁRIA – EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA OS OCUPANTES DE CARGOS REMUNERADOS COMO CARGO COMISSIONADO.

1. O Presidente do TRF da 1ª Região agiu por força da determinação do Conselho da Justiça Federal, sendo portanto mero executor do ato impugnado.

2. *Somente a autoridade que tem poder para praticar e desfazer o ato é parte legítima para figurar como impetrado.*

3. Os antigos chefes de secretaria, cujo cargo era comissionado, mas de provimento efetivo, foram equiparados aos ocupantes de cargo em comissão, passando a serem similares, em termos de remuneração, aos DAS.5, depois transformado em FC 09 e, por fim, em CJ-3.

4. A Lei 10.475/2002, no parágrafo único do art. 8º, excluiu da incidência da gratificação de atividade judiciária os ocupantes de cargo remunerados como sendo em comissão ou função gratificada.

5. Em literal interpretação, temos que os impetrantes não fazem jus à GAJ.

6. Segurança denegada. (MS 11.052/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/10/2006, DJ 18/12/2006 p. 276)

[...]

20. A redação do *parágrafo 3º do artigo 6º* - indevidamente - amplia o conceito de autoridade a ser apontada como a coatora, vez que também menciona aquela *que tenha praticado o ato impugnado*. Na prática, a definição, da forma em que posta, dará ensejo a situações em que agentes públicos serão compelidos - por vezes, sob pena de multa ou prisão - a dar cumprimento a ordens cujos atos não estão sequer compreendidos dentre suas atribuições, gerando situações de embaraço, ou mesmo de ilegalidade (em razão do desvio de competência), mas que deverão, de alguma forma, ser cumpridas por força de decisão judicial.

21. Nesse sentido, e acompanhando as lições do emérito professor *CASSIO SCARPINELLA BUENO*, entendemos que se poderia aplicar a mesma definição constante do artigo 1º, parágrafo 2º, inciso III da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em cujos termos autoridade é *“o servidor ou agente público dotado do poder de decisão”*. Na hipótese de não ser possível a emenda ao projeto, sugere-se a exclusão/ou veto do dispositivo, para que seja aplicado por analogia o conceito da lei nº 9.784, de 1999, ou as definições já consolidadas doutrinária e jurisprudencialmente.”

13. O dispositivo foi mantido na nova lei de mandado de segurança. Contudo, não obstante a nova previsão legal, caso seja apontada autoridade coatora manifestamente ilegítima – seja porque não detém poder decisório sobre o ato apontado como coator, de acordo com suas atribuições legais ou regimentais, seja porque sequer participa da prática

do ato – recomenda-se ao Procurador da Fazenda Nacional suscitar, em sua manifestação, *preliminar de ilegitimidade passiva*, visando demonstrar que a autoridade pública impetrada não tem poderes deliberatórios sobre a prática do ato ou omissão impugnados, não correspondendo, tampouco, à teleologia do instituto (que busca obter a justificativa estatal do ato atacado, em face da autoridade sobre a qual recai poder decisório para fazer ou mandar fazer).

14. Para subsidiar a argumentação, sugere-se invocar o conceito de autoridade contido na *lei especial* do processo administrativo no âmbito da *Administração Pública Federal* (art.1º, § 2º, inc. III, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – autoridade é “*o servidor ou agente público dotado do poder de decisão*”), bem como os conceitos consolidados pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

15. Também o professor Cássio Scarpinella, acima invocado, reitera suas lições após a edição da nova lei, firmando que:

*importa, contudo, conjugar a previsão legal não só com o que já entendiam a respeito do tema doutrina e jurisprudência, mas também com o art. 1º, §2º, III, da Lei n. 9.784/1999, que ‘regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal’<sup>2</sup>.*

16. Passemos, em seguida, às importantes alterações promovidas pelo art. 7º da Lei nº 12.016, de 2009:

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

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos a fim de que, no prazo de 10 (dez dias), preste as informações;

II – que se dê *ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;*

[...]

17. O art. 7º manteve, em seu inciso I, a notificação da autoridade coatora para a apresentação de informações, ao passo em que determinou que se dê *ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica*

*interessada*. O dispositivo legitima os seguintes questionamentos quanto à atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, fazendo-se necessário fixar as seguintes orientações:

- (i) Quando a Procuradoria da Fazenda Nacional é intimada para, querendo, ingressar no feito, trata-se de faculdade ou obrigação?
- (ii) Qual a manifestação a ser apresentada pelo Procurador, e qual o prazo?

18. A redação do inciso II do art. 7º da Lei nº 12.016, de 2009, dispôs que, ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, será dado ciência para que este, *querendo*, ingresse no feito. A leitura literal do dispositivo revela que não se trata de uma obrigação. Nesse sentido, verifica-se que a nova lei não previu sanção em face do não ingresso do órgão de representação judicial naquela oportunidade.

19. Não obstante a redação do dispositivo conduza ao entendimento de que se trata de uma faculdade, parece-nos que *a Procuradoria da Fazenda Nacional deve, sim, ingressar no feito quando intimada, após o despacho da inicial*.

20. A “*faculdade*” de ingresso, nessa hipótese, consiste em um “poder-dever”, ou, consoante as lições do professor Celso Antonio Bandeira de Melo, trata-se de um “*dever-poder*”, implicando uma prerrogativa da qual o órgão de representação judicial da União não pode (não deve) abrir mão. A despeito de não haver uma sanção, pode ou não decorrer prejuízo em face da ausência da manifestação do órgão jurídico, em razão do que é interesse da União que seus representantes judiciais atuem no feito desde o início.

21. Como sabido, a antiga lei do mandado de segurança (Lei nº 1.553, de 1951) determinava fosse intimada tão somente a autoridade impetrada para prestar informações quanto ao fato apontado como coator. Esta dinâmica possibilitava que as informações fossem produzidas unicamente pelas autoridades administrativas.

22. No caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, quando os Delegados são apontados como autoridades coadoras, as informações nos mandados de segurança podem ser elaboradas diretamente pelos próprios Delegados, ou com auxílio de outros servidores destacados para aquela função, não havendo obrigatoriedade de tramitação dos autos

<sup>2</sup> in BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28-29

do mandado de segurança pela Procuradoria da Fazenda Nacional. E, nessas situações, não obstante o zelo dos agentes públicos que elaboram aquelas informações, não é impossível que lhes escapem detalhes (jurídicos) que ao operador do direito não passariam despercebidos.

23. Antes, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional só ingressava na defesa da União quando intimada da concessão de liminares/ antecipações de tutela, ou, não sendo este o caso, somente após a prolação da sentença, relegando a momento posterior a possibilidade de a União suscitar, por exemplo, preliminares de prescrição, decadência, litispendência, coisa julgada, etc, matérias estas essencialmente jurídicas e em cuja defesa é especializado o órgão de representação judicial. Não obstante em muitos órgãos já existisse uma atuação conjunta entre a Receita Federal do Brasil e as respectivas unidades da Procuradoria da Fazenda Nacional, parece-nos que, agora, a novel redação conclama a presença dos órgãos de representação judicial para acompanhar as ações de segurança desde o início.

24. No Parecer PGFN/CRJ n° 2192/2007, do então Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, foram formuladas diversas sugestões visando aperfeiçoar a normatização dos mandados de segurança, com propostas de alteração legislativa, e já se apontava que, hoje, o uso do mandado de segurança massificou-se, conduzindo verdadeiras ações tributárias, não havendo mais fundamento para que a resposta da União não seja elaborada pelo próprio órgão de representação judicial. Nesse sentido, transcrevemos os seguintes trechos do elucidativo parecer, lembrando que se trata de estudo elaborado antes da nova Lei n° 12.016, de 2009:

### III - A RESPOSTA AO MANDADO DE SEGURANÇA

12. De acordo com a legislação vigente, a resposta ao mandado de segurança dá-se com as *informações* prestadas pela autoridade impetrada (art. 7º, I, Lei 1.533/53). A lógica que determinou que a resposta às alegações do autor (impetrante) tenha a forma de *informações* e não de *contestação*, como no processo comum ordinário, imbrica-se com a finalidade originária dessa garantia constitucional: a proteção do cidadão contra o Estado. Ora, se o que se buscava era reprimir ou prevenir o abuso estatal, nada mais plausível que buscasse o juiz a justificativa estatal do ato atacado, em vez de se citar a pessoa jurídica de direito público para defender o ato em questão.

13. Todavia, como já dissemos na introdução, o mandado de segurança massificou-se, passando a englobar lides de massa, cuja nota comum é a incidência do direito público. Como lide que é, *o mais adequado é a apresentação propriamente de defesa pela pessoa jurídica que se encontra no pólo passivo da ação, e não de meras informações*. Essa defesa, inclusive, deveria ser técnica, de responsabilidade de advogado, profissional capaz de defender interesses em juízo, por obediência ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. A prática, em grande parte das vezes, consolidou esse mandamento lógico, sendo bastante comum que o advogado público do órgão pertinente elabore as “informações” que serão apresentadas – e assinadas – pela autoridade supostamente coatora. É o que extrai da prática Roberto ROSAS: “Quem tem vivência com o mandado de segurança sabe que as informações solicitadas pelo juiz ‘informam’ muito mais; até defendem o ato, contestando a impetração; quando, por vezes, são anexados pareceres jurídicos e peças eminentemente de reforço. Tecnicamente as informações deveriam cingir-se ao esclarecimento dos fatos. Mas o vezo da contestação, e não da informação, transformou o mandado de segurança em ação, onde a pessoa jurídica impetrada é ré”<sup>3</sup>.

14. Com a feição atual do *mandamus*, não há mais qualquer justificativa lógica que imponha revestir a resposta do Poder Público a forma de “informações” e não de contestação. *Pensemos no exemplo do mandado de segurança que visa à declaração de inexistência de obrigação tributária, em que se alega a inconstitucionalidade da lei que majorou um tributo qualquer. Trata-se de típica ação tributária, utilizada em massa pelos contribuintes. Existiria razão para determinar que a defesa fosse feita pela autoridade administrativa do Fisco e não, diretamente, por seu órgão de representação judicial?* Cremos que não. Não há razão jurídica nem prática para a manutenção desse sistema de resposta. Considerando, inclusive, que o representante judicial da pessoa jurídica de direito público deve ser comunicado da eventual concessão de medida liminar ou mesmo da ordem em sentença, inclusive para que possa interpor o recurso que entenda cabível, *não é adequado que permaneça a resposta sob a responsabilidade de órgão distinto da advocacia pública, principalmente se se observar que o prequestionamento da matéria legal e constitucional, para o fim de se conduzir futuramente o processo à instância extraordinária, por meio dos recursos especial e extraordinário, deve ser feito desde a inauguração da instância ordinária.*”

3 *Direito Sumular*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 253.

25. Outrossim, como sabido, existe importante discussão na doutrina sobre quem seria o verdadeiro réu na ação mandamental, se a autoridade impetrada, ou a pessoa jurídica em cujo nome o agente público, indicado como autoridade coatora, exerce suas funções, sendo mais razoável a segunda corrente. Ademais, diversos doutrinadores já defendiam que deveria ser afastada a notificação da autoridade coatora, e efetivada a citação da própria pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, quando no exercício de funções públicas.

26. Quanto a este ponto, o professor Cássio Scarpinella Bueno antecipa sua opinião no sentido de que a prescrição de que se dê “ciência ao órgão de representação judicial” prevista no inciso II do art. 7º, é verdadeira citação, e que o dispositivo prevê dupla citação, implicando verdadeiro litisconsórcio passivo necessário. Nas lições do eminente mestre, *in verbis*:

[...] A citação, nos precisos termos do art. 213 do Código de Processo Civil, é o ato pelo qual se dá ciência a alguém de que há um processo em seu desfavor, viabilizando a oportunidade de se defender. Há consenso na doutrina quanto a ser ônus do réu exercitar sua defesa, o que, nessa perspectiva, explica suficientemente o verbo “*querendo*” utilizado pelo legislador mais recente.

[...]

O que se extrai da previsão atual, contudo, é que a Lei n. 12.016/2009, mesmo que involuntariamente, acabou cedendo à prática do foro e retornando ao sistema da Lei n. 191/1936 e do Código de Processo Civil de 1939 [...] ao estabelecer um litisconsórcio passivo e necessário entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence. Aquela, a autoridade, será notificada para prestar as informações que entender necessárias, isto é, para justificar o ato que praticou ou que está na iminência de praticar. Este, o órgão ou pessoa jurídica, será cientificado para, querendo, apresentar a defesa que entender importante em seu próprio nome, secundando, ou não, o ato coator tal qual individuado na petição inicial.<sup>4</sup>

27. Por todos estes argumentos, *recomendamos que a Procuradoria da Fazenda Nacional, intimada nos moldes do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016, de 2009, ingresse no feito, naquela oportunidade. Parece-nos tratar-se de simples manifestação, na qual a Procuradoria da Fazenda Nacional complementa, se*

*entender necessário, as informações elaboradas pela autoridade coatora; caso contrário, se entender que as informações já elaboradas são suficientes, orientar-se ingressar no feito para informar ao Juízo que representa judicialmente a União, solicitando ser intimada de todas as decisões proferidas.*

28. É preciso, em seguida, refletir sobre *qual a manifestação a ser apresentada pelo Procurador da Fazenda Nacional, e em que prazo deverá fazê-lo*. A nova lei não descreveu qual o tipo de manifestação cabível neste momento, dispondo apenas que se trata de oportunidade para, querendo, ingressar no feito; outrossim, não firmou expressamente qual o prazo para essa manifestação do órgão de representação judicial da União. Considerando tais circunstâncias, devemos optar pela solução que, por cautela, com mais fidelidade atenda à inteligência da lei.

29. Automaticamente, três possibilidades podem ser vislumbradas: aplicação (a) do prazo para contestação previsto no Código de Processo Civil, ou (b) do prazo de cinco dias, nos termos do art. 185 do CPC; ou, ainda, (c) 10 dias, prazo este concedido pela Lei nº 12.016, de 2009, à autoridade coatora para prestar suas informações, e ao Ministério Público para, querendo, se manifestar no *mandamus*.

30. Podemos descartar, desde já, o item (a). A Lei nº 12.016, de 2009, não falou em contestação, resposta do réu que implicaria o prazo de 15 dias, conforme art. 297 do CPC, ou ainda, de 60 dias, decorrentes da leitura conjunta dos artigos 188 e 297 daquele Código. Além de implicar prazos mais extensos que aqueles conferidos à autoridade coatora e ao MPF para manifestação, a sistemática da contestação não pode simplesmente ser transposta ao mandado de segurança, por exercício de interpretação.

31. Também não nos parece ser o caso de aplicação do art. 185 do Código de Processo Civil, o qual prevê que “*não havendo preceito legal nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte*”. Veja-se que a aplicação deste prazo, como parâmetro, na presente situação levaria à esdrúxula situação de descompasso, em que a autoridade apontada como coatora teria o prazo de 10 dias - eleito como razoável pela lei - para apresentar suas informações, e o órgão de representação judicial teria de o fazer na metade do tempo, quando a lógica do procedimento é inversa, ou seja, as informações elaboradas sobre o ato coator é que, muitas vezes, contêm subsídios necessários à defesa judicial da União.

32. Outrossim, veja-se, ainda, que a Lei nº 12.016, de 2009, não remeteu – ao menos expressamente – ao Código de Processo Civil a

4 BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 36/39

disciplina de todas as suas lacunas, sendo plausível que assim só se faça quando não for incompatível e/ou não for possível extrair da própria lei que rege o *mandamus* uma melhor compreensão.

33. Portanto, para manter coerência e conservar a celeridade imposta pela dinâmica do mandado de segurança, entendemos seja adotado o *prazo de 10 dias* para a manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional. É o prazo que a Lei n° 12.016, de 2009, elegeu como razoável, eis que determinou expressamente que a autoridade coatora deverá apresentar suas informações em 10 dias (art. 7º, inc. I), e que o Ministério Público poderá, se entender necessário, manifestar-se também em 10 dias. Corroborando esta opção, valem-nos, mais uma vez, dos ensinamentos do professor Cássio Scarpinella, em cujas lições “à falta de previsão expressa, o prazo para que o órgão ou pessoa jurídica se manifeste no processo de mandado de segurança só pode ser o de dez dias reservado às “informações da autoridade coatora”<sup>5</sup>.”

34. Passemos à análise do art. 9º, que tem a seguinte redação:

Art. 9º. As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora *cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.*

35. O art. 9º da nova lei de mandado de segurança é um dos que merece especial atenção, pois, em nosso entender, implementou importante modificação *em desfavor dos órgãos de representação judicial* da União.

36. A leitura primeira do dispositivo conduz ao seguinte questionamento: a intimação pessoal dos órgãos de representação judicial, feita diretamente pelo Juízo, prevista no art. 3º da Lei n° 4.348, de 26 de junho de 1964 (com redação alterada pela Lei n° 10.910, de 2004), foi substituída por uma obrigação atribuída à autoridade administrativa de remeter o expediente, em 48 horas, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para adoção de eventuais providências a cargo da defesa judicial (suspensão da medida liminar e defesa do ato apontado como

5 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

coator); *ou* representa o art. 9º da nova lei do mandado de segurança tão somente obrigação interna imposta à autoridade coatora consistente em encaminhar as decisões liminares e informações e elementos necessários à defesa do ato impugnado aos órgãos de representação judicial, sem que isso, todavia, implique em intimação dos órgãos de defesa?<sup>2</sup>

37. É importante contextualizar as mencionadas modificações, para, apenas em seguida, extrair as conclusões. O art. 9º da nova lei do mandado de segurança repetiu, com algumas pequenas alterações, a redação *original* do art. 3º da Lei n° 4.348, de 26 de junho de 1964, revogada pela Lei n° 12.016, de 2009, e que assim dispunha, *in verbis*:

Art. 3º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao procurador-geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal.

38. Em seguida, a Lei n° 10.910, de 2004, deu nova redação ao dispositivo, que passou a prever que:

Art. 3º Os representantes judiciais da União, dos Estados, Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão *intimados pessoalmente pelo juiz* no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coadoras, com a entrega de cópia dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

39. A nova redação conferida ao art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964, não foi recuperada pela Lei n° 12.016, de 2009, possivelmente devido ao fato de o projeto de lei que deu origem à nova lei do mandado de segurança ser anterior à Lei n° 10.910, de 2004. O “esquecimento” da nova redação, como o chamou o professor Cássio Scarpinella<sup>6</sup>, implica nítido retrocesso em relação às prerrogativas de intimação dos órgãos de representação judicial da União, e demais entes federados, por

6 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60

causar confusão na identificação do momento em que deve ser considerado intimado o órgão de representação judicial.

40. Isto porque, por ocasião da vigência da redação original do art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964, somente a autoridade coatora era notificada da propositura do mandado de segurança. Esta autoridade encarregava-se da remessa das decisões judiciais e informações correlatas às Procuradorias competentes, e, já nessa época, a redação do dispositivo implicou dificuldade para a Administração Pública, eis que a atuação de seus órgãos de defesa dependia da pronta e eficaz tramitação procedimental dos expedientes nos órgãos públicos.

41. Posteriormente, reconhecendo o sistema a necessidade de assegurar a inequívoca ciência dos órgãos de representação judicial, para defesa dos atos praticados por suas autoridades administrativas, a nova redação do art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964, chancelou a prerrogativa dos advogados públicos de serem intimados pessoalmente das decisões judiciais proferidas nas ações de segurança. Tomamos, mais uma vez, emprestadas as lições do professor Cássio Scarpinella, que esclareceu tratarem tais modificações “da criação de condições mais concretas e seguras de os advogados públicos atuarem em juízo”, isto sem prejuízo da notificação da autoridade coatora<sup>7</sup>.

42. A redação do artigo 9º da Lei n° 12.016, de 2009, com o “esquecimento” da nova redação conferida ao art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964, nos permite observar que não foi plenamente atingida uma das principais metas da nova lei do mandado de segurança – consolidar, em um único diploma, as normas que disciplinam as ações de segurança – pois o regresso à antiga disciplina, sem necessidade de maiores explicações, é um regresso *tout court*.

43. Em termos práticos, a nova lei dispõe que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará a ciência do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para, querendo, ingressar no feito, e, de outro lado, o art. 9º retoma a redação original do art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964.

44. Como conciliar? A princípio, parece claro que, se o órgão de defesa judicial informa o interesse em ingressar no feito desde o início, deverá ser intimado de todas as decisões judiciais. Ademais, estão em vigor as leis que traduzem as prerrogativas de intimação dos membros da AGU

(art. 6º da Lei n° 9.028, de 1995), e, mais especificamente, dos membros da Procuradoria da Fazenda Nacional (art. 20 da Lei n° 11.033, de 2004. “As intimações e notificações quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista”); bem como o § 4º, do art. 1º, da Lei n.º 8.437/92, com nova redação dada pela Medida Provisória n.º 2.180/2001, determinando que “nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”.

45. Dizemos “a princípio”, porque não podem ser desconsideradas as seguintes variáveis:

- (i) o ato de “dar ciência” previsto no art. 7º da Lei n° 12.016, de 2009, não implica a “citação” dos órgãos de defesa, e, assim, por ora, não se pode antecipar qual será a dinâmica aplicada pelo Poder Judiciário;
- (ii) certamente não faltará quem tente transmudar o “esquecimento” do legislador – em considerar o art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964, após a alteração de sua redação em 2004 – em verdadeiro intuito de superar a prerrogativa conferida aos advogados públicos;
- (iii) há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação do art. 3º da Lei n° 4.348, de 1964, implicava a desnecessidade de intimação pessoal dos representantes judiciais das pessoas jurídicas interessadas das decisões liminares.

46. Não obstante os argumentos que garantem as prerrogativas dos Procuradores da Fazenda Nacional de serem intimados pessoalmente com vista dos autos, considerando a realidade acima exposta, e eventual possibilidade de que alguns órgãos do Poder Judiciário encampem o argumento de (volta à) desnecessidade de intimação direta da defesa judicial, *parece-nos seja mais recomendável a adoção, por esta PGFN, do caminho mais cauteloso, implicando considerar a intimação para recorrer das decisões liminares a data da intimação feita à autoridade coatora.*

47. E, nesse sentido, mesmo quando as liminares forem concedidas/denegadas antes do despacho da petição inicial, dever-se-á considerar que a Fazenda Nacional foi intimada na data da notificação da autoridade

<sup>7</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245

coatora, atentando-se que esta dispõe de 48 horas para encaminhar o expediente à PFN, prazo este que deverá ser abatido do prazo de que dispõe o órgão de representação judicial para recorrer.

48. Assim, é importante que as unidades da PFN, em sintonia com os órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, operacionalizem a entrada e rápida tramitação de tais decisões para pronta atuação dos órgãos de defesa judicial; bem como continuem defendendo, em tais casos, as nossas prerrogativas de intimação pessoal. Por oportuno, esta CRJ informa que trabalha em proposta de revogação do mencionado dispositivo, dentre outros desta nova lei do mandado de segurança.

Art. 13 Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

49. Quanto a este dispositivo, apenas chamamos atenção para a possibilidade de intimação dos órgãos de representação judicial, para ciência da sentença proferida, por oficial de justiça ou *por correio*, disposição esta que ignorou as prerrogativas dos Procuradores da Fazenda Nacional, constantes de outras leis. Importante frisar que, por ocasião da tramitação do projeto, esta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional pediu a exclusão do dispositivo, conforme se depreende do Parecer PGFN/CRJ nº 1302/2009, nos seguintes termos, *verbis*:

30. Em relação ao *artigo 13*, veja-se que o dispositivo dispõe que ‘concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada’, desprezando a prerrogativa – que, como sabido, não se confunde com mero privilégio – de intimação pessoal dos órgãos de representação judicial da União. Neste ponto, somos pela exclusão do dispositivo no que diz respeito à possibilidade de intimação da autoridade coatora, e *principalmente* do órgão de representação judicial da pessoa jurídica ré, de forma que permaneçam em vigor o artigo 6º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995 (a intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente), o *art. 20 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004 (As intimações e notificações quando dirigidas a Procuradores*

*da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista)* e o artigo 17 da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004 (Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente).

50. Todavia, mantido o dispositivo, e ante a necessidade de acompanhamento das intimações para contagem dos respectivos prazos recursais, cabe tão somente alertar às unidades da PFN sobre a importância de sistematização do recebimento das intimações que venham a ser recebidas por correio, a exemplo de algumas unidades que assim o fizeram por Ordem de Serviço.

51. A par disso, orienta-se às unidades da PFN manter a defesa das prerrogativas de intimação pessoal com vista dos autos, ao argumento da especialidade das leis próprias, que deverão prevalecer sobre a regra geral contida na nova lei de mandado de segurança. Consignamos, ainda, que também este artigo será objeto do projeto de alteração de dispositivos contidos na nova lei.

52. A Lei nº 12.016, de 2009, propôs-se, ainda, a regulamentar o mandado de segurança coletivo, o que fez nos artigos 21 e 22, a seguir transcritos, *in litteris*:

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

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

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

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

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

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

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

53. Por ocasião da análise do Projeto de Lei nº 125, de 2006 (nº de tramitação na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei nº 12.016, de 2009, manifestamo-nos pela exclusão dos dispositivos referentes ao mandado de segurança coletivo, tendo em vista a existência do *Projeto de Lei nº 5.139, de 2009*, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, atualmente submetido à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

54. Alertamos, naquela oportunidade, que o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, visa, essencialmente, consolidar em texto único a disciplina das ações para tutela coletiva, e que a aprovação de uma lei versando sobre mandado de segurança coletivo, aprovada anteriormente àquele projeto de lei de ações coletivas, poderia trazer sérias implicações em relação aos avanços que se procurava implementar.

55. Considerando que o art. 22 do então Projeto de Lei nº 125, de 2006, mantido na Lei nº 12.016, de 2009, menciona que o mandado de segurança coletivo se destina à tutela de interesses coletivos e *individuais homogêneos*, e que, sendo as matérias atinentes ao direito tributário, essencialmente, modalidades de direito individual homogêneo disponível, conjugado à inexistência de vedação expressa de utilização de mandado de segurança coletivo para veicular pretensões envolvendo

tributos, buscou-se alertar quanto ao uso do mandado de segurança coletivo na esfera fiscal. Aqui, vale a pena revermos as considerações expostas no Parecer PGFN/CRJ nº 1486/2009:

43. A tutela coletiva dos direitos coletivos *lato sensu* – englobando os direitos coletivos *stricto sensu*, direitos difusos e direitos individuais homogêneos – é matéria das mais relevantes no âmbito de uma sociedade de massa, em que os direitos meramente individuais cedem espaço cada vez maior à discussão dos direitos metaindividuais.

44. E até se compreende o intuito em trazer, pela primeira vez, disciplina normativa expressa do mandado de segurança coletivo.

45. Todavia, não é novidade a existência de diversas propostas de elaboração de um código de processo coletivo. E, nesse sentido, ganha destaque o projeto de lei que *disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências*, que já tramita na Câmara dos Deputados (*Projeto de Lei nº 5.139, de 2009*), e que foi objeto de estudos e reuniões, inclusive no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, reunindo diversos estudiosos do tema, bem como órgãos públicos interessados, dentre eles, esta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

46. Saliente-se que *um dos objetivos primordiais do projeto de lei que disciplina as ações para tutela coletiva é consolidar em texto único a disciplina da matéria*. Hoje, a doutrina entende que o *microsistema processual para as ações coletivas* é formado pelas normas processuais coletivas do *Código de Defesa do Consumidor* e da *Lei de Ação Civil Pública*. Conforme ensinam os professores Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior:

‘Há um procedimento-padrão para as causas coletivas: é o previsto de forma integrada na lei de ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor (Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90). Esse procedimento funciona como o procedimento comum da tutela coletiva.

Além dele, é possível referir ao procedimento especial do mandado de segurança coletivo (aplicação da Lei Federal 1.533/51 e demais diplomas referentes ao writ individual em conjunto e no que não contrastar com o procedimento-padrão do processo

coletivo, preservada a regra da legitimação constitucionalmente referida no art. 5º, LXX da CF/88), a ação popular, (Lei Federal nº 4.717/65), as ações previstas no CDC [...], o mandado de injunção coletivo (para o qual se aplica, no que couber e enquanto não editada legislação específica, o regramento processual do mandado de segurança, nos termos do art. 24, parágrafo único da Lei Federal nº 8.038/1992). [...].

47. Os professores apontam ainda outros estatutos legislativos que contêm normas que visam a tutela coletiva em matérias específicas, a exemplo da Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; da Lei nº 7.913/1989, para proteção dos investidores em valores mobiliários; da Lei nº 8.069, de 1990, para defesa das crianças e dos adolescentes; e da Lei nº 10.741, de 2003, dispondo sobre o Estatuto do Idoso.

48. Uma das novas propostas do novo projeto de lei de ações coletivas é, portanto, a consolidação da matéria em um único texto, e, nesse sentido, desde já se visualiza que a disposição de regras acerca do mandado de segurança coletivo vai de encontro a esta vertente que busca unificar e harmonizar a matéria em uma só norma.

49. O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, prevê, em seu art. 67, que as disposições desta Lei aplicam-se ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas. Quer dizer, o próprio projeto faz a ressalva da possibilidade de existência de normas próprias ao mandado de segurança coletivo.

50. Contudo, aqui cabe fazer uma importante observação. Como já frisado, o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 – e que não é objeto de estudo nesse momento – é fruto de longos estudos e reuniões, trazendo novidades na disciplina das ações coletivas.

51. A possibilidade de uma lei versando sobre mandado de segurança coletivo, aprovada anteriormente àquele projeto de lei de ações coletivas – o PL tramita em fase de urgência no Senado Federal, que abriu prazo para apresentação de emendas até 10/07/2009 – poderá trazer sérias implicações em relação aos avanços que se procurava implementar.

52. Inicialmente, é preciso alertar que, se o Projeto de Lei nº 125, de 2006, for aprovado com os dispositivos que disciplinam o

mandado de segurança coletivo, certamente dará ensejo a teses no sentido de que as novas regras trazidas pelo Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, não se aplicarão ao mandado de segurança coletivo, por já haver lei específica anterior regulando a matéria, já que, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, *lei geral posterior não revoga lei específica*.

53. Nessa linha de raciocínio, e apenas para evidenciar o prejuízo que daí poderá advir, ressalte-se que hoje o *mandado de segurança coletivo* vem sendo utilizado no intuito de submeter diversas teses em matéria tributária ao Poder Judiciário, em que o *interessado opta pela via do mandado de segurança somente em razão de seu rito, ou mesmo dos “privilégios” que a jurisprudência reconhece aos autores nessa espécie de ação*. A Fazenda Pública vem se insurgindo contra o uso indiscriminado do *mandamus* na sua modalidade coletiva, pois as conseqüências podem causar desastroso impacto na arrecadação dos entes federados – ao prejuízo não apenas das pessoas jurídicas de direito público, mas dos cidadãos que, superando a autotutela, a elas transferem o poder de gestão da sociedade.

54. Todavia, o art. 22 do Projeto de Lei nº 125, de 2006, menciona que o mandado de segurança coletivo se destina à tutela de interesses coletivos e *individuais homogêneos*. Sabendo-se que o *direito tributário enquadra-se na modalidade de direito individual homogêneo disponível*, e ante a inexistência de vedação expressa a sua utilização para defesa da ordem tributária, dará fundamento aos que tentam se valer do mandado de segurança coletivo na esfera fiscal.

55. Será extremamente difícil às representações judiciais das Fazendas Públicas sustentar a aplicação da Lei de Ação Civil Pública, que não *contempla a possibilidade de seu uso para defesa da ordem tributária*, aos mandados de segurança coletivo, quando sobrevier lei posterior, específica, que prevê expressamente a viabilidade de uso do *mandamus coletivo* para defesa de direitos individuais homogêneos.

56. E qual o impacto de tais formulações?

57. É de se observar que o PL em comento não contém norma análoga ao art. 16 da atual Lei 7347/85, (que prevê que a sentença em ação coletiva faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator).

58. Valendo-nos de estudos elaborados nesta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional, pela i. Procuradora da Fazenda Nacional, Dra. Luana Vargas Macedo, se se passar a considerar tão-somente o novo estatuto normativo específico do mandado de segurança coletivo:

‘[...] O cabimento de ação coletiva em matéria tributária permitirá que decisões proferidas em cognição superficial por um único juiz federal, de qualquer Estado da Federação, determinem, ainda que em caráter provisório, a suspensão do pagamento de um determinado tributo em todo o território nacional.

Basta imaginar a hipótese em que uma ação coletiva seja ajuizada com o intuito de se obter, liminarmente, a suspensão da exigibilidade de tributo, e, ao final, a declaração da inexistência de relação jurídica tributária, tudo sob o argumento de que a correspondente norma de incidência é inconstitucional. Em hipóteses desse jaez, será plenamente possível que o juízo federal no qual tramita a ação coletiva, considerando inconstitucional determinada lei tributária, suspenda, liminarmente, a sua exigibilidade, o que provocará a *suspensão do pagamento do tributo, de uma só vez, em todo o território nacional*.

Ora, é inegável o incalculável impacto que esse tipo de situação poderá causar aos cofres públicos: veja-se que será possível a paralisação de toda a arrecadação, no país inteiro, de um determinado tributo. Também são inegáveis os transtornos, provavelmente incontornáveis, que liminares e sentenças com esse teor causarão no que diz respeito ao orçamento público, sujeito, como se sabe, ao princípio da previsibilidade das despesas e das receitas públicas.

E ainda que, atualmente, o Poder Público disponha de mecanismos processuais diferenciados para obter a neutralização de provimentos de urgência, de que é exemplo a “suspensão de segurança”, disciplinada, em grande parte, pela Lei n. 8.437/92, não há, por óbvio, qualquer garantia de que o manejo de tais mecanismos será suficiente para, diante das incontáveis situações concretas verificáveis na prática, subtrair, a tempo, os efeitos de uma medida liminar gravosa e injusta aos interesses públicos.

A verdade é que, até que essa liminar que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em todo o País seja, enfim, suspensa, os prejuízos causados aos cofres públicos certamente já estarão concretizados. E, caso, ao fim, a ação coletiva seja julgada improcedente, a “reposição” dos valores que

deixaram de ser pagos durante a vigência dessa medida liminar, na melhor das hipóteses, apenas ocorrerá depois de anos. Fala-se em “na melhor das hipóteses” por que, na realidade, mostra-se pouco crível que, havendo a revogação da liminar que suspendeu, no País inteiro, o pagamento de um determinado tributo, a Receita Federal do Brasil tenha condições, inclusive materiais, de efetivar autuações fiscais contra *todos os contribuintes* do país que, beneficiados com os efeitos *erga omnes* da decisão concessiva da liminar, deixaram de pagar o tributo. Enfim, o que deixou de ser recolhido durante o período em que esteve em vigor a liminar, que poderá corresponder a toda a arrecadação do tributo durante alguns ou vários meses, ou, quiçá, anos, dificilmente será reposto aos cofres públicos.’

59. Outrossim, veja-se que o *Projeto de Lei nº 5.139, de 2009*, implica em grande avanço, ao prever expressamente, em seu art. 1º, que:

‘Art. 1º ....

§ 1º *Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.*

§ 2º *Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.*’

60. Ou seja, se aprovado nos termos em que proposto, a leitura conjugada dos diversos dispositivos indica que não será permitido o uso de ações coletivas para veicular pretensões que envolvam tributos. Em outras palavras, valendo-nos unicamente deste projeto de lei, poder-se-ia facilmente extrair que o mandado de segurança coletivo *não* poderá ser utilizado para obter tutela coletiva em matéria tributária.

61. Entretanto, a aprovação do Projeto de Lei nº 125, de 2006, possivelmente causará dúvida que não deveria mais existir com a aprovação do PL de ações coletivas, pois, certamente, não faltará quem alegue que a disciplina especial do mandado de segurança coletivo prevista no PL sob análise se sobrepõe àquela outra – do PL nº 5.139, de 2009.

62. Por todos estes fundamentos, somos pela *exclusão ou veto dos artigos 21 e 22 do Projeto de Lei nº 125, de 2006, que disciplinam o mandado de segurança coletivo*.

56. O fato é que os artigos 21 e 22 foram mantidos na Lei nº 12.016, de 2009. Entretanto, também é fato que a leitura e interpretação sistemática dos diversos dispositivos em vigor que normatizam as ações para tutela coletiva afasta a possibilidade do uso de tais ações para submeter pretensões de ordem tributária (afastando-se a leitura isolada da Lei nº 12.016, de 2009, para suplantar vedação expressa contida na lei de ação civil pública).

57. Assim, deparando-se com mandado de segurança coletivo discutindo matéria tributária, recomenda-se ao Procurador da Fazenda Nacional manter a defesa de seu descabimento para veicular pretensões envolvendo tributos, podendo, para tanto, valer-se, inclusive, dos seguintes argumentos:

- O entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o *microsistema processual para as ações coletivas* é formado pelas normas processuais coletivas do *Código de Defesa do Consumidor* e da *Lei de Ação Civil Pública* (Lei nº 7.347, de 1985).
- A Lei de Ação Civil Pública, no parágrafo único do art. 1º, prevê expressamente que ‘não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados’. Esta disciplina continua sendo aplicável ao mandado de segurança coletivo, pois, seguindo a regra de hermenêutica de que norma geral não revoga norma especial, positivada no art. 2º, §2º da Lei de Introdução ao Código Civil (*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*), a *regra especial* que impede o cabimento de ação coletiva para veicular pretensões que envolvam tributos não é revogada pela norma geral contida no inciso II do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016, de 2009.
- Outra limitação pode ser encontrada na própria Lei nº 12.016, de 2009, pois o art. 21, ao mesmo tempo em que fixa os legitimados à propositura do mandado de segurança coletivo, restringiu o seu uso para defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos membros ou associados, na

forma dos estatutos *e desde que pertinentes às finalidades das entidades legitimadas a sua propositura*.

58. Por fim, em razão de questionamento suscitado em nossa lista virtual de discussão, é importante retomar o §2º do art. 22 (no mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas, apenas para frisar que a intimação da PFN feita nos termos deste dispositivo *não* se confunde com a intimação do inciso II do art. 7º. Ou seja, no caso do §2º do art. 22, a PFN é intimada não para manifestar interesse em ingressar no feito, mas já para se pronunciar acerca da questão trazida naquele mandado de segurança coletivo, ocasião em que poderá verificar a possibilidade de oposição dos argumentos acima expostos.

59. São essas as considerações e recomendações que, por ora, submetemos à superior apreciação, no intuito de fornecer elementos e orientações para a representação judicial da Fazenda Nacional nos autos das ações de mandado de segurança.

60. Relembramos que este parecer é fruto de uma primeira leitura da nova legislação, em que se procurou responder aos principais questionamentos relacionados à atuação judicial da carreira. Por se tratar de lei nova, certamente outras dúvidas surgirão, e, nesse contexto, o presente estudo já começa incompleto, em razão do que esperamos contar com a valiosa participação dos colegas Procuradores da Fazenda Nacional para identificar outras questões que mereçam estudo.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,

em 17 de novembro de 2009.

KAROL TEIXEIRA DE OLIVEIRA

Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À apreciação do Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,  
em 18 de novembro de 2009.

JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO  
Coordenador de Consultoria Judicial

De acordo. À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,  
em 18 de novembro de 2009.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO  
Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional

Aprovo. Encaminhem-se cópias do parecer às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, bem como às Delegacias da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em face das importantes orientações contidas no presente estudo.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,  
em 23 de novembro de 2009.

FABRÍCIO DA SOLLER  
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário