

Kiyoshi Harada

LIMINAR EM
Matéria
Tributária

3ª edição
Revista de acordo com o CPC/2015 e aumentada, 2021

 EDITORA
RIDEEL
Quem tem Rideel tem mais.

Dedico esta obra à minha esposa, FELÍCIA, maior incentivadora de minhas obras e companheira inseparável que compartilha comigo momentos de alegria e de sucesso.

Sobre o autor

Kiyoshi Harada é Bacharel em Direito pela Fadusp, turma de 1967, e Especialista em Direito Tributário e em Ciência das Finanças pela mesma faculdade, em 1968-1970. Também é Especialista em Teoria Geral do Processo e Mestre em Processo Civil pela Unip, onde foi Professor de Direito Financeiro. Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário nos cursos de pós-graduação *lato sensu* em inúmeras instituições de Ensino Superior. Acadêmico e Vice-Presidente da Academia Brasileira de Direito Tributário. Acadêmico perpétuo da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Paulista de Direito. É Sócio-Fundador da Harada Advogados Associados. Parecerista em matéria de Direito Público. Conselheiro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativo da Fiesp. Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio. Membro da Comissão Julgadora Permanente de Licitações do Departamento Hidroviário do Estado de São Paulo, na condição de representante da sociedade civil. Membro da Câmara de Arbitragem da Fiep. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Municipal – IBDM. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Membro da Asociación Interamericana de la Tributación, com sede em Rosário, Argentina. Membro da Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra. Procurador do Município de São Paulo aposentado. Ex-Diretor da Escola Paulista de Advocacia. Ex-Diretor do Departamento de Desapropriações da Prefeitura de São Paulo. Ex-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Autor de 37 obras jurídicas publicadas por diferentes editoras. Cidadão Paulistano em 2011. Em dezembro de 2015, recebeu diploma de honra ao mérito do Ministério dos Negócios Estrangeiros do Japão. Em outubro de 2016, foi agraciado com a Medalha de Mérito pela Academia Brasileira de Ciências, Artes, História e Literatura – ABRASCI. Em janeiro de 2018, recebeu o Diploma de Mérito Jurídico Internacional e a Medalha de Honra Cesare Beccaria pela Rede Internazionale di Eccellenza Giuridicae Istituto Diplomazia Europea e Sudamericana em Milão/Itália, na condição de patrono do XV Encontro Internacional de Juristas. Em novembro de 2019, recebeu da Câmara Municipal de São Paulo o título “Homens de Destaque”. Em fevereiro de 2020, foi condecorado pelo governo japonês com a Ordem do Sol Nascente com Raios de Ouro com Laço do 1º Ano da Era Reiwa.

Obras do autor

1 Livros individuais

- 1 – *O fato gerador: suas consequências: incidência e não incidência*. Coautoria com José Augusto de Toledo. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- 2 – *Dois temas de Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.
- 3 – *ICM: Direito a crédito na isenção e no diferimento*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.
- 4 – *Sistema tributário na Constituição de 1988: tributação progressiva*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- 5 – *ITR e IPTU – ITBI – FINSOCIAL – IVV*. São Paulo: Resenha Tributária, 1991. (Coleção Outros Tributos, v. 8).
- 6 – *Sistema tributário do município de São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- 7 – *Compêndio de Direito Financeiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.
- 8 – *Direito Financeiro e Tributário*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- 9 – *Código Tributário Nacional anotado*. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2019.
- 10 – *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- 11 – *Dicionário de Direito Público*. 2. ed. São Paulo: MP Editora, 2006.
- 12 – *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- 13 – *Direito Tributário Municipal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- 14 – *Prática do Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. v. 1.
- 15 – *Prática do Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. v. 2.
- 16 – *Direito Urbanístico*. São Paulo: NDJ, 2005 (esgotado).
- 17 – *Aspectos tributários da Lei de Falências*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2019.
- 18 – *Direito Tributário*. São Paulo: MP Magalhães, 2006.
- 19 – *ISS doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- 20 – *Prática do Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008. v. 3.
- 21 – *ITBI doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- 22 – *Prática do Direito Tributário e Financeiro*. São Paulo: Rideel, 2011. v. 4.
- 23 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2012. v. 5.
- 24 – *Crimes contra ordem tributária*. 2. ed. Coautoria com Leonardo Musumeci Filho. São Paulo: Atlas, 2015.

- 25 – *IPTU: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2012.
- 26 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2013. v. 6.
- 27 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2014. v. 7.
- 28 – *Contribuições sociais: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2015.
- 29 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2015. v. 8.
- 30 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2016. v. 9.
- 31 – *Código Tributário Nacional comentado*. 4. ed. Coautoria com Marcelo Kiyoshi Harada. São Paulo: Rideel, 2019.
- 32 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2017. v. 10.
- 33 – *ICMS: doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- 34 – *Direito Municipal*. São Paulo: Atlas, 2001.
- 35 – *Lançamento tributário: teoria e prática*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.
- 36 – *Prática do Direito Financeiro e Tributário*. Curitiba: Edição por Demanda, 2020. v. 11.
- 37 – *Imunidade, não incidência e isenção*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

2 Obras coletivas

- Tem participação em 55 obras coletivas coordenadas pelo autor e por diversos outros juristas renomados.

3 Artigos, monografias e pareceres publicados em revistas e boletins especializados

- Tem mais de 600 artigos, monografias e pareceres publicados em várias revistas e boletins especializados e em diferentes sites jurídicos.
- Possui mais de 70 artigos de cunho jurídico publicados nos jornais de grande circulação da Capital.

Prefácio à 3ª edição

Dezessete anos se passaram desde a 2ª edição desta obra, que tem origem na nossa tese de mestrado, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Luiz de Almeida, apresentada no Curso de Mestrado em Direito Processual Civil do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista.

A superveniência do novo Código de Processo Civil com o advento da Lei nº 13.195/2015, que alterou profundamente os três tipos de processos (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) em que se baseou a elaboração desta obra, não nos animou à sua atualização em razão dos imensos trabalhos de reformulação parcial do livro, como decorrência da abolição do processo cautelar autônomo, de um lado, e da falta de tempo disponível em meio a tantos afazeres profissionais, de outro lado. Com o encerramento das atividades da editora Juarez de Oliveira, que procedeu à publicação das duas primeiras edições, não foi possível obtermos o PDF do livro, exigindo a sua digitação para fins de revisão e atualização.

Porém, ultimadas as atualizações das demais obras de nossa autoria, decidimos pela publicação desta 3ª edição totalmente revista e atualizada à luz do novo Código de Processo Civil e do novo estatuto do mandado de segurança, com a aprovação da Lei nº 12.016, de 7-8-2009.

Pela praticidade, que é o principal objetivo desta obra, mantivemos o capítulo concernente à legislação sobre o assunto, devidamente atualizada, bem como os modelos de petições iniciais e de procedimentos recursais, igualmente adaptados em conformidade com o novo estatuto processual vigente.

O autor

Prefácio à 2ª edição

Esta edição foi revista e ampliada. Alguns textos sofreram alterações em virtude de diplomas legais supervenientes. Os dispositivos do Código Civil anterior, referidos na obra, foram substituídos por disposições correspondentes do novo Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 11-1-2002, que entrou em vigor no dia 11-1-2003.

Outrossim, o livro ganhou dois capítulos novos.

No capítulo 8, foi reproduzida toda a legislação relativa à matéria tratada no livro, com as anotações pertinentes, procurando facilitar o estudo e a compreensão dos leitores. Com o mesmo propósito, foram transcritas as Súmulas do STF e do STJ versando sobre o mandado de segurança.

No capítulo 9, foram inseridos os modelos de petições iniciais de ações judiciais, tratadas no livro, conferindo-lhe grande alcance prático. Essas petições foram extraídas de casos concretamente submetidos ao Poder Judiciário. Essa peculiaridade propiciará ao leitor uma utilidade maior, não só em termos de Direito Processual Civil como também em relação a Direito Tributário material, uma vez que as peças elaboradas contêm ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

O autor

APRESENTAÇÃO

A leitura da monografia sobre “liminar em matéria tributária”, trabalho com que o Prof. Kiyoshi Harada defendeu e alcançou, com nota máxima, o título de “mestre” em Direito, é útil ao processualista e necessária ao tributarista.

Escreve o autor atento aos fatos presentes, precisados e avaliados sob influência de valores sociais atuais.

O livro, com didática científica, desenvolve-se compartimentado em quatro capítulos.

O primeiro traça o perfil do Estado, sua estrutura política, destacando a função do Judiciário, bem como discriminando-a da atividade administrativa, como função do Poder Público.

Em segunda linha expositiva, o trabalho se aprofunda em reflexões sobre o processo, seus procedimentos, detendo-se no tipo cautelar. Toma posição em favor do direito substancial de cautela, favorecido pela redação do art. 5º, XXXV, da CF. Dá destaque a outros institutos recentes em nosso ordenamento processual, como a tutela antecipada, e evolui em favor da tese da tutela de evidência.

O terceiro capítulo, por sua vez, ingressa no estudo da obrigação tributária, em que é mestre consagrado com 12 obras já publicadas. Expõe sobre seus elementos constitutivos, crédito e lançamento.

Finalmente, conclui o último bloco da exposição pelo casamento de dois temas, o processual e o tributário, com defesa do tema do cabimento de liminares no campo das obrigações tributárias.

Em estilo agradável, foi redigida a monografia, com profundidade de conceitos e ensinamentos, com a marca da coragem de quem tem ideias avançadas.

JORGE LUIZ DE ALMEIDA

Sumário

| | |
|---|-----------|
| Sobre o autor | VII |
| Obras do autor | IX |
| Prefácio à 3ª edição..... | XI |
| Prefácio à 2ª edição..... | XIII |
| Apresentação | XV |
| Capítulo 1 – Jurisdição | 1 |
| 1.1 Conceito..... | 3 |
| 1.2 Jurisdição administrativa..... | 3 |
| Capítulo 2 – Judiciário como poder do Estado | 5 |
| 2.1 Generalidades..... | 7 |
| 2.2 Repartição dos poderes..... | 8 |
| 2.3 Características do Judiciário brasileiro | 10 |
| Capítulo 3 – Processo | 15 |
| 3.1 Conceitos e objetos | 17 |
| 3.2 Sua distinção do procedimento | 18 |
| 3.3 Tipos de processo..... | 18 |
| 3.4 Tutela provisória e medidas liminares..... | 19 |
| 3.4.1 Considerações genéricas..... | 19 |
| 3.4.2 Tutela de urgência..... | 22 |
| 3.4.3 Tutela da evidência | 23 |
| 3.4.4 Tutela de urgência de natureza cautelar | 23 |
| 3.4.4.1 Arresto..... | 24 |
| 3.4.4.2 Sequestro | 24 |
| 3.4.4.3 Caução..... | 24 |
| 3.4.4.4 Busca e apreensão..... | 25 |
| 3.4.4.5 Exibição..... | 25 |
| 3.4.4.6 Produção antecipada de provas..... | 26 |
| 3.4.4.7 Arrolamento de bens..... | 27 |
| 3.4.4.8 Registro de protesto contra alienação de bens | 28 |
| 3.4.5 Tutela antecipatória contra Fazenda Pública | 28 |
| 3.5 Medida cautelar fiscal..... | 30 |
| 3.6 Ação de depósito | 32 |
| 3.7 Mandado de segurança | 35 |
| 3.8 Ação civil pública..... | 39 |

| | | |
|---------|---|-----------|
| 3.8.1 | Legitimidade do Ministério Público em matéria tributária..... | 41 |
| 3.8.2 | Aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor | 48 |
| 3.9 | Ação direta de inconstitucionalidade | 52 |
| 3.9.1 | Ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual..... | 56 |
| 3.9.2 | Ação direta de inconstitucionalidade como fator de desafogamento do Poder Judiciário..... | 60 |
| 3.10 | Ação declaratória de constitucionalidade..... | 61 |
| 3.11 | Efeitos da decisão de mérito proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade | 62 |
| 3.12 | Efeitos da decisão de inconstitucionalidade pronunciada no recurso extraordinário em que se reconheceu a existência de repercussão geral do tema constitucional ventilado | 63 |
| | Capítulo 4 – Obrigação tributária..... | 67 |
| 4.1 | Conceitos e espécies..... | 69 |
| 4.2 | Elementos da obrigação tributária..... | 69 |
| 4.2.1 | Lei..... | 70 |
| 4.2.2 | Fato gerador..... | 70 |
| 4.2.2.1 | Elemento objetivo do fato gerador..... | 72 |
| 4.2.2.2 | Aspecto subjetivo do fato gerador..... | 72 |
| 4.2.2.3 | Aspecto quantitativo do fato gerador..... | 75 |
| 4.2.2.4 | Aspecto espacial do fato gerador | 75 |
| 4.2.2.5 | Aspecto temporal do fato gerador..... | 75 |
| | Capítulo 5 – Crédito tributário | 79 |
| 5.1 | Conceito e natureza jurídica..... | 81 |
| 5.2 | Constituição do crédito tributário pelo lançamento | 82 |
| 5.2.1 | Lançamento direto | 84 |
| 5.2.2 | Lançamento misto..... | 85 |
| 5.2.3 | Lançamento por homologação | 86 |
| 5.3 | Suspensão do crédito tributário..... | 90 |
| 5.3.1 | A moratória | 91 |
| 5.3.2 | O depósito do montante integral do crédito..... | 94 |
| 5.3.3 | As reclamações e os recursos administrativos..... | 94 |
| 5.3.4 | Concessão de liminar em mandado de segurança..... | 94 |
| 5.3.5 | Concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial | 95 |
| 5.3.6 | Parcelamento..... | 95 |
| 5.4 | Extinção do crédito tributário..... | 95 |
| 5.4.1 | Pagamento | 96 |

| | | |
|---|--|------------|
| 5.4.2 | Demais modalidades | 97 |
| 5.4.2.1 | Compensação | 98 |
| 5.4.2.2 | Transação | 101 |
| 5.4.2.3 | Remissão | 103 |
| 5.4.2.4 | Prescrição e decadência | 104 |
| 5.4.2.5 | A conversão do depósito em renda | 113 |
| 5.4.2.6 | Pagamento antecipado e homologação do lançamento, nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º | 114 |
| 5.4.2.7 | Consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 164 | 114 |
| 5.4.2.8 | Decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória | 115 |
| 5.4.2.9 | Decisão judicial passada em julgado | 116 |
| Capítulo 6 – Liminar em matéria tributária | | 117 |
| 6.1 | Breves considerações acerca da tutela provisória | 119 |
| 6.2 | Efeitos da liminar | 123 |
| 6.2.1 | Introdução | 123 |
| 6.2.2 | Efeitos da concessão de liminar | 127 |
| 6.2.2.1 | Em mandado de segurança | 127 |
| 6.2.2.2 | Em outros procedimentos | 129 |
| 6.2.2.3 | Em ação direta de inconstitucionalidade | 131 |
| 6.2.2.4 | Em ação declaratória de constitucionalidade | 131 |
| 6.2.3 | Efeitos da revogação da liminar | 132 |
| 6.2.3.1 | Generalidades | 132 |
| 6.2.3.2 | No Direito Tributário | 135 |
| 6.2.3.2.1 | Em relação à obrigação tributária principal | 136 |
| 6.2.3.2.2 | Em relação às obrigações de fazer e não fazer | 145 |
| 6.3 | Medidas restritivas ao poder geral de cautela do juiz | 149 |
| 6.3.1 | Generalidades | 149 |
| 6.3.2 | Diplomas legais pertinentes | 153 |
| 6.3.2.1 | Lei nº 2.770, de 4-5-1956 | 153 |
| 6.3.2.2 | Lei nº 4.862, de 29-11-1965 | 154 |
| 6.3.2.3 | Lei nº 8.076, de 23-8-1990 | 155 |
| 6.3.2.4 | Lei nº 8.397, de 6-1-1992 | 156 |
| 6.3.2.5 | Lei nº 8.437, de 30-6-1992 | 156 |
| 6.3.2.6 | Lei nº 9.494, de 10-9-1997 | 157 |
| 6.3.2.7 | Lei nº 12.016, de 7-8-2009 | 159 |
| 6.3.3 | Da suspensão da liminar pelo Presidente do Tribunal competente | 163 |

| | | |
|---|---|------------|
| 6.3.4 | O art. 4º da Lei nº 4.348/1964 gerado no ventre da ditadura é inaplicável com os novos ventos democráticos que sopram no País | 164 |
| 6.3.5 | Finalidade da Lei nº 4.348/1964 | 165 |
| 6.4 | Conclusão | 167 |
| Capítulo 7 – Apêndice de legislação sobre o assunto | | 169 |
| 7.1 | Legislação sobre mandado de segurança | 171 |
| 7.1.1 | Constituição Federal | 171 |
| 7.1.2 | Lei nº 2.770/1956..... | 171 |
| 7.1.3 | Lei nº 4.862/1965 | 172 |
| 7.1.4 | Lei nº 8.076/1990 | 173 |
| 7.1.5 | Lei nº 12.016/2009 | 174 |
| 7.2 | Súmulas do STF e do STJ sobre mandado de segurança | 180 |
| 7.2.1 | Súmulas do STF | 180 |
| 7.2.2 | Súmulas do STJ..... | 183 |
| 7.3 | Legislação sobre medida cautelar fiscal – Lei nº 8.397/1992 | 184 |
| 7.4 | Legislação sobre concessão de medidas cautelares e tutela antecipada..... | 187 |
| 7.4.1 | Constituição Federal | 187 |
| 7.4.2 | Lei nº 8.437/1992..... | 187 |
| 7.4.3 | Lei nº 9.494/1997..... | 189 |
| 7.4.4 | Código de Processo Civil..... | 191 |
| 7.4.4.1 | Tutela de urgência..... | 191 |
| 7.4.4.2 | Obrigações de fazer | 192 |
| 7.5 | Legislação sobre ação civil pública | 192 |
| 7.5.1 | Constituição Federal | 192 |
| 7.5.2 | Lei nº 7.347/1985 | 193 |
| 7.6 | Legislação sobre ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade | 198 |
| 7.6.1 | Constituição Federal | 198 |
| 7.6.2 | Lei nº 9.868/1999 | 199 |
| Capítulo 8 – Modelos de petições das ações referidas | | 209 |
| 8.1 | Ação direta de inconstitucionalidade | 211 |
| 8.2 | Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária | 214 |
| 8.3 | Ação consignatória | 225 |
| 8.4 | Ação ordinária de anulação de lançamento fiscal..... | 228 |
| 8.5 | Ação ordinária com pedido de tutela antecipatória – art. 497 do CPC | 240 |
| 8.6 | Mandado de segurança para suspender a exigibilidade do crédito..... | 245 |
| 8.7 | Mandado de segurança com liminar contra decisão administrativa | 250 |

Sumário

| | | |
|--------------------------|--|------------|
| 8.8 | Ação de repetição de indébito | 253 |
| 8.9 | Agravo contra decisão que deu efeito ativo ao agravo da Fazenda..... | 257 |
| 8.10 | Recurso especial | 262 |
| 8.11 | Recurso extraordinário | 267 |
| 8.12 | Embargos à execução fiscal..... | 271 |
| 8.13 | Exceção de pré-executividade..... | 274 |
| BIBLIOGRAFIA..... | | 279 |

Capítulo 1

Jurisdição

1.1 Conceito

Nenhum Estado moderno tolera a chamada justiça privada. A maioria dos países, a exemplo do Brasil, inclui, em seus respectivos ordenamentos jurídico-penais, a figura criminal consistente no exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Todos os conflitos ou lides são compostos exclusivamente do Estado, sejam eles decorrentes de relações entre particulares ou entre estes e o poder público. Essa função de solucionar a lide em caráter definitivo chama-se jurisdição. Esta decorre do processo, que nasce da ação, a qual, por sua vez, resulta da lide, ou seja, da pretensão resistida.

A jurisdição nada mais é do que o poder estatal de aplicar a lei ao caso concreto nas relações entre os indivíduos ou entre os indivíduos e a sociedade, com o fito de promover a justiça. Entre nós, a atividade jurisdicional é privativa do Poder Judiciário a quem compete dirimir em definitivo os conflitos. Em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a lei não poderá excluir, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXVI, da CF). Essa inafastabilidade de jurisdição não deve ser entendida, simplesmente, como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário; ela implica direito à efetiva realização da justiça. Quanto à matéria, a jurisdição pode ser cível, criminal, trabalhista, etc.; quanto ao objeto, pode ser contenciosa ou graciosa; quanto à graduação, é inferior ou superior; a jurisdição pode, ainda, ser cumulativa ou exclusiva; ordinária, especial ou extraordinária; plena ou limitada; e preventiva ou prorrogada.

1.2 Jurisdição administrativa

É comum, entre nós, até mesmo nos meios jurídicos, falar-se em jurisdição administrativa. É que, em termos de Direito Administrativo, essa expressão é usada para indicar o território a que se estende a autoridade administrativa. Ou seja, é a circunscrição ou divisão territorial alcançada pelo governo, compreendendo o poder de legislar e aplicar a lei. É nesse sentido que se designa a jurisdição federal, estadual e municipal, ou mesmo de seus órgãos, embora, no último caso, com competência apenas para aplicar a lei.

O emprego dessa designação é criticado, pois o termo jurisdição compreende a atividade própria do Poder Judiciário. Todavia, é tradicionalmente utilizada e se encontra de tal forma arraigada entre nós que seria difícil substituí-la.

Capítulo 2

Judiciário como poder do Estado

2.1 Generalidades

A jurisdição é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário. Não mais existe a figura do contencioso administrativo que existia ao tempo do Brasil Império, em virtude da adoção da jurisdição una.

O Poder Judiciário, entre nós, consiste-se em um dos Poderes do Estado, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo. É o que decorre do art. 2º da CF, em que está dito que constituem “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O Judiciário brasileiro não é um mero órgão destinado à aplicação das leis, tarefa que poderia ser incumbida por uma repartição pública do Executivo, como ocorre na França, onde há o Conselho Superior da Magistratura, administrativamente subordinado ao Ministério da Justiça. Constitui-se ele de em um dos Poderes do Estado, protegido pela cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da CF), com a nobre missão de assegurar a distribuição da justiça que se constitui em monopólio estatal. Ainda que possa haver solução de litígios por via de arbitragem, a verdade é que essa forma de resolver as controvérsias depende de prévio acordo das partes interessadas e não implica afastamento da jurisdição por força do disposto no art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse direito subjetivo constitui-se em garantia fundamental inserida no elenco das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF). De fato, a Lei nº 9.307, de 23-9-1996, que dispõe sobre a arbitragem, em seu art. 33, permite o acesso ao Judiciário para anular a sentença arbitral proferida com preterição de formalidades legais, ou com inobservância dos requisitos estabelecidos em seu art. 32; outrossim, a execução coativa da decisão arbitral só poderá ocorrer perante o Judiciário, conforme o art. 41, que dava nova redação ao inciso III do art. 584 do antigo CPC. Esse artigo foi revogado pela Lei nº 11.232/2005.

Os países que se inspiraram no modelo francês não dispõem de um Judiciário forte, autônomo e independente. É que, na França, com a vitória da burguesia no embate com a monarquia, se prestigiou o princípio de que todo poder emana do povo. Daí por que mostra a História que os primeiros juízes franceses, após a Revolução, foram pessoas integrantes do proletariado.

Na França a justiça era mal administrada no século XVIII, antes da Revolução. Admitia-se a venda dos cargos de juiz.

Capítulo 3

Processo

3.1 Conceitos e objetos

A atividade jurisdicional é desencadeada por provocação do interessado – titular de uma relação jurídica – por meio de ação que outra coisa não é senão o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado. Não iremos discutir aqui a natureza jurídica da ação, por não ser o escopo deste trabalho. A atividade jurisdicional se desenvolve no bojo do processo que se manifesta mediante atos complexos. Processo vem de *procedere*, isto é, *pro* = “para diante”, e *cedere* = “cair, caminhar”. Por isso, costuma-se dizer que o processo nunca anda para trás. Processo é um conjunto de atos coordenados, tendentes à composição da lide, isto é, destinados à solução do litígio conforme a vontade da lei de regência da matéria.

Processo, portanto, é um instrumento de que se vale o Estado para exercitar sua função jurisdicional para composição das lides. É um conjunto coordenado de disposições legais destinadas a imprimir forma e movimento à ação. No dizer de Moacyr Amaral dos Santos, é o “complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei às lides ocorrentes, por meio de órgãos jurisdicionais”¹.

Como assinala o mestre processualista, nesse conceito, aponta-se a finalidade do processo, que é a de resolver a lide conforme a norma jurídica reguladora da espécie.

O processo tem como objeto material a pretensão, que dá origem à lide. É a lide que vai ensejar o processo visando à sua composição. Entretanto, o processo tem também um objeto formal. Como instrumento da jurisdição, ele disciplina as atividades jurisdicionais de sorte a assegurar a regularidade do processo, que cabe ao juiz exigir por meio de despachos interlocutórios ou despachos saneadores. Por isso, diz Moacyr Amaral dos Santos: “[...] ao lado do objeto material do processo, que é a pretensão, tem o processo em outro objeto, de natureza formal, que é o próprio processo. É uma coisa curiosa, mesmo aparentemente paradoxal, mas a verdade é que o processo atua sobre o próprio processo”².

1 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1965. p. 304.

2 SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 306.

3.5 Medida cautelar fiscal

A medida cautelar fiscal, que é um instrumento processual acessório da execução fiscal, é regida pela Lei nº 8.397, de 6-1-1992, parcialmente alterada pela Lei nº 9.532, de 10-12-1997, que assim dispõe:

Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na hipótese dos incisos V, alínea “b”, e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário.*

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:*

I – sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II – tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III – caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;*

IV – contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio;*

V – notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:*

deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;

põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros;

VI – possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido;*

* Dispositivos com redação conferida pela Lei nº 9.532, de 10-12-1997.

Capítulo 4

Obrigaçã tributária

4.1 Conceitos e espécies

Dá-se o nome de obrigação tributária *in genere* ao que o vínculo jurídico pelo qual uma pessoa (credora) pode exigir de outra (devedora) uma prestação consistente em entregar alguma coisa (dar), ou em praticar certo ato (fazer), ou, ainda, em abster-se de certo ato ou fato (não fazer), sob pena de sanção.¹ Da definição anterior resultam três elementos conceituais: a) o vínculo jurídico, em que se esboça uma relação de soberania do Estado, visto que é regulado por lei munida de sanção; b) as partes dessa relação jurídica, representadas pelo sujeito ativo e pelo sujeito passivo, ou seja, pelo credor e pelo devedor, sendo o primeiro detentor da faculdade de constranger o segundo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa; c) a prestação, que é o objeto da obrigação, ou seja, o conteúdo da obrigação consistente em dar, fazer ou não fazer.

Portanto, a obrigação tributária é espécie do gênero obrigação jurídica não se assentando, no dizer de José Washington Coelho, em diferenciações quanto aos *essentialia* da obrigação civil, porque tanto uma como a outra alicerçam-se num tripé: causa, sujeitos e objeto.² Entretanto, a obrigação tributária tem as suas peculiaridades que lhe asseguram a autonomia. Tem como causa, invariavelmente, a lei, e não a convergência de vontades, essencial na obrigação de natureza civil. A obrigação tributária é sempre *ex lege*.

Do exposto, pode-se definir a obrigação tributária como uma relação jurídica que decorre da lei descritiva do fato pela qual o sujeito ativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município) impõe ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) uma prestação consistente em pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º, do CTN), ou prática ou abstenção de ato no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária (art. 113, § 2º, do CTN).

4.2 Elementos da obrigação tributária

Tendo em vista a definição *retro* de obrigação tributária pode-se extrair os seus elementos constitutivos, quais sejam, a lei, o fato, os sujeitos

1 As Institutas de Justiniano prescreviam: *Obligatio est vinculum juris quae necessitate adstringimur, alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis*, ou seja, obrigação é um vínculo de direito que compele alguém a efetuar uma prestação, conforme o direito do país.

2 *Código tributário nacional interpretado*. Rio de Janeiro: Correio da Manhã, 1968. p. 114-115.

e a prestação ou objeto. A prestação desdobra-se em prestação de dar (obrigação principal) e em prestação de fazer ou não fazer alguma coisa (obrigação acessória).

4.2.1 Lei

Conforme afirmado anteriormente, obrigação tributária só pode resultar de lei. É a lei que elege certos fatos econômicos, aptos a suportar a imposição fiscal, como veículo de incidência tributária. Determinados fatos são abstratamente descritos na lei tornando-se, desse modo, juridicizados, isto é, aptos a gerar efeitos jurídicos assim que concretizados no mundo fenomênico.

4.2.2 Fato gerador

Comumente, define-se o fato gerador como uma situação genérica e abstrata, descrita na lei, a qual, uma vez ocorrida em concreto, enseja, *ipso facto*, o nascimento da obrigação tributária. Dessa forma, essa expressão “fato gerador” deve ser entendida em dois planos: no plano abstrato da norma descritiva do ato ou do fato e no plano da concretização daquele ato ou fato descritos.

A referida expressão “fato gerador” empregada pelo Código Tributário Nacional tem merecido violentas críticas por certos setores da doutrina, sob a alegação de que ele nada gera, a não ser confusão na mente dos juristas. Por isso, preferem a expressão “hipótese de incidência” ou “hipótese tributária” para designar a descrição legislativa de um fato, e a expressão “fato imponível” ou “fato jurídico tributário” ou ainda “hipótese de incidência realizada” para designar aquele fato concreto, localizado no tempo e no espaço. Com todas as vênias, não é crível que um jurista venha confundir a descrição do fato gerador com a sua concreção. Assim, se a primeira expressão gera confusão, a segunda também pode incidir em equívoco. O que é relevante é ter sempre em mente a existência de duas realidades distintas: uma descrevendo a situação em que é devido o tributo e outra referente à concretização daquela situação descrita na lei, que gera a obrigação tributária. Igualmente, não é a descrição legislativa do delito que gera o crime, mas o fato de alguém praticar a conduta tipificada na lei penal. Como assinala Ruy Barbosa Nogueira, com habitual clareza lapidar, o “Direito apresenta sempre dois ângulos ou facetas: o puramente abstrato ou normativo e o concretizado ou realizado”³.

3 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Op. cit., p. 193.

Capítulo 5

Crédito tributário

5.1 Conceito e natureza jurídica

Conforme prescreve o art. 139 do CTN, “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”.

Autores de nomeada têm criticado a redação desse dispositivo por entenderem que o crédito tributário nasce juntamente com a obrigação tributária, subsiste e se extingue simultaneamente com ela. Todavia, como bem esclarecido por Ruy Barbosa Nogueira, o Código Tributário Nacional separa a obrigação tributária como pretensão e responsabilidade (*Haftung*) do crédito já como dívida (*Schuld*).¹

Realmente, ocorrida, concretamente, a situação legislativa surge a obrigação tributária. A ocorrência do fato gerador instaura o vínculo jurídico entre os sujeitos ativo e passivo, cabendo ao primeiro a apuração do *quantum* da prestação devida, por meio do lançamento fiscal previsto no art. 142 do CTN.

Assim, o crédito tributário nada mais é do que a própria obrigação tributária principal formalizada pelo lançamento, ou seja, tornada líquida e certa pelo lançamento. A obrigação tributária principal, como já vimos, consiste no pagamento de tributo ou de pena pecuniária. O crédito tributário nada mais é do que a conversão dessa obrigação ilíquida em líquida e certa, exigível no prazo estatuído na legislação tributária. Sob o prisma material, a obrigação e o crédito se confundem. As partes são as mesmas, o objeto é idêntico e o vínculo jurídico também. Surgida a obrigação, deve a Fazenda declarar a sua existência, por meio do lançamento tributário, apurando o *quantum* e identificando o sujeito passivo, quando, então, aquela obrigação passará a existir sob a denominação de crédito tributário. Resulta disso que pode existir obrigação tributária sem o crédito tributário, mas o contrário não poderá ocorrer. Porém, o Código Tributário Nacional, em seu art. 140,² estabelece a autonomia da obrigação tributária principal ao prescrever que as circunstâncias que modificam o crédito tributário não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem. Por isso, uma vez anulado o lançamento por vício formal, por exemplo, a obrigação tributária principal subsiste, o que

1 Op. cit., p. 293.

2 Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

revela duas realidades distintas: a obrigação tributária, de um lado, e o crédito tributário, de outro lado.

5.2 Constituição do crédito tributário pelo lançamento

O art. 142 do CTN dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Conceitua-se o lançamento como um procedimento administrativo no sentido de que um agente capaz procede à averiguação da subsunção do fato concreto à hipótese legal prevista (ocorrência do fato gerador), a valoração dos elementos que integram o fato concreto (base de cálculo), a aplicação da alíquota prevista na lei para apuração do montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e, sendo o caso, a aplicação³ de penalidade cabível. A série de atos retromencionados pode ser praticada, inclusive, em diferentes dias, mas, no final da verificação dos requisitos previstos no art. 142 do CTN, haverá sempre um documento exteriorizador daqueles atos, que é o lançamento eficiente para a constituição definitiva do crédito tributário.

Pode-se dizer que o legislador brasileiro, superando a interminável discussão acerca da natureza jurídica do lançamento, fixou-se na tese de que

3 A expressão “propor a aplicação de penalidade cabível”, prevista no art. 142 *in fine*, deve ser entendida como aplicação de penalidade cabível, sem o que não se pode determinar o montante do tributo devido, por meio do lançamento.

Capítulo 6

Liminar em matéria tributária

6.1 Breves considerações acerca da tutela provisória

Como foi examinado anteriormente, utiliza-se da tutela provisória nos casos de urgência ou evidência, a teor do disposto nos arts. 294 e 311 do CPC. No âmbito do Direito Tributário, a mera propositura de uma ação judicial não tem o condão de por si só suspender a exigibilidade do crédito tributário, ficando o contribuinte na iminência de sofrer qualquer tipo de cobrança pelo Fisco.

Embora o sistema processual brasileiro não possua um regime jurídico específico para a tutela das lides tributárias, o sistema processual civil serve de instrumento jurídico à disposição do contribuinte para assegurar seus direitos. Entre as hipóteses de cabimento da tutela de evidência, para os processos tributários interessam aquelas contidas nos incisos I, II e IV do art. 311 do CPC.

As hipóteses dos incisos I e IV já eram previstas no Código de Processo Civil de 1973:

Art. 311. [...]

[...]

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

[...]

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A hipótese prevista no inciso II é inovadora e de suma relevância no âmbito tributário, podendo concretizar-se, por exemplo, no caso de uma demanda em que a ilicitude de determinado tributo tenha sido reconhecida em sede de recurso especial repetitivo: “Art. 311. [...] II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Isso porque, nas ações individuais sobre o mesmo tema, o autor, para que seja concedida tutela de evidência de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, precisaria apenas evidenciar documentalmente suas alegações, além do enquadramento de seu caso à tese jurídica reconhecida

BIBLIOGRAFIA

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan.-jun. 1961.
- BELLOCCHI, Roberto Antonio Vallim. *A tutela da evidência: irreversibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1957.
- COELHO, José Washington. *Código tributário nacional interpretado*. Rio de Janeiro: Correio da Manhã, 1968.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- FERREIRA, Luiz Pinto. Verbetes "Juiz". In: FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 46.
- FRANCO, Luiz Antonio Barbosa. *Mandado de segurança: efeito suspensivo do recurso contra sentença denegatória*. Bauru: Jalovi, 1980.
- FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, v. 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Acesso à justiça e sociedade moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.