

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR FILIAL E O NOVO ART. 253, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL *

Cassio Scarpinella Bueno

SUMÁRIO: 1) A importância do estudo do “direito processual tributário”; 2) Uma interessante questão para estudo: mandado de segurança impetrado por filial em busca de solução mais vantajosa para o contribuinte; 3) A posição da doutrina mais recente; 4) O novo art. 253, II, do CPC, e sua aplicação à hipótese; 5) Considerações finais; Bibliografia.

1) A importância do estudo do “direito processual tributário”

O nome “direito processual tributário” pode ser entendido de várias formas. No plano administrativo, isto é, levando em conta o modo pelo qual o Estado cria a obrigação tributária ou no plano jurisdicional, vale dizer, destacando a forma pela qual os contribuintes procuram questionar, em juízo, as mais diversas exações tributárias.

Este estudo toma como base de exposição a segunda destas feições. Para estas linhas, “direito processual tributário” deve ser entendido como as normas processuais civis alinhadas para resolver, em juízo, os conflitos de interesse travados entre fisco e contribuintes. Várias destas “normas processuais civis” são propícias, embora não exclusivas, para resolver tais questões. O exemplo mais marcante do ordenamento jurídico brasileiro é o mandado de segurança. Outras não foram criadas ou concebidas para resolução de questões tributárias ou, mais amplamente, de questões envolvendo o direito público como um todo. São, no entanto, as normas que existem para resolver quaisquer conflitos de interesse, mesmo aqueles que envolvem o próprio Estado. Trata-se de uma decorrência imediata de um sistema de jurisdição una, como é o caso do brasileiro: as mesmas regras e o mesmo sistema processual civil, que servem para resolver os clássicos e tradicionais conflitos entre pessoas de direito privado, destinam-se também a resolver os conflitos entre essas e as pessoas de direito público.

Há algum tempo tenho insistido que esta premissa metodológica é indispensável para melhor compreender o próprio sistema processual civil. Estudá-lo a partir do “tipo” de direito material que nele é veiculado para resolução perante o Estado-juiz. Trata-se, em última análise, da aproximação máxima do que vem sendo destacado pela doutrina do direito processual: a necessária minimização do binômio “direito-processo”, vale dizer, a assunção definitiva que o direito processual é mero condutor de relações materiais conflituosas ao Poder Judiciário e que, de uma forma ou de outra, amolda-se (ou, quando menos, é desejável que se

*. Publicado originalmente em *Problemas de processo judicial tributário*, 5º volume. São Paulo: Dialética, 2002, páginas 33-54.

amolde) ao próprio direito nele veiculado ou reage diferentemente a cada espécie de direito material nele contido.¹

Já escrevi a este respeito o seguinte:

“Esta observação poderia parecer desnecessária ou, quando mais, pouco útil na medida em que não há mais dúvidas, nos dias atuais, de que o direito processual (inclusive o civil) é ramo do *direito público*. Trata-se, em última análise, da parcela do direito que se predispõe a examinar o *modo* de solução dos conflitos por uma das *funções* estatais, a Judiciária. E se assim é, se seu objeto é o *modo* de exercício de *função* pelo *Estado* voltado à busca de uma finalidade pública — a apaziguação social —, está-se diante de uma disciplina *típica* de direito público.

No entanto, o destaque e a observação do *conteúdo* dos conflitos que são levados ao Judiciário para solução via processo civil é pertinente menos para demonstrar que o processo civil não se confunde com o direito material nele veiculado (que há um continente e um conteúdo, portanto) e mais para evidenciar que, contemporaneamente, o direito processual *deve ser* examinado, sistematizado e *revisitado* a partir de uma ótica diversa daquela que obteve, com sucesso, sua desvinculação do direito material. Hoje, o estudo do processo civil deve partir *também* de seu conteúdo (o direito material conflituoso) e, a partir daí, é que devem ser pensadas suas formas, seus mecanismos, seus limites e tudo o mais.

Quando o direito *material público* rende ensejo ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, impõe-se verificar em que medida esta *qualidade* distinta do direito conflituoso — se comparada com o direito privado — tem aptidão para *modificar, alterar* ou *influenciar* as soluções milenares do direito processual civil, nascido, desenvolvido e sistematizado a partir do direito *material privado*.

Quando o direito *material público* é posto em juízo, portanto, põe-se à toda prova a premissa da *instrumentalidade do processo* na medida em que estreita a separação entre o direito material e do processual, relativizando, assim, o binômio direito-processo, unindo-os para um fim comum, a apaziguação social. As relações entre continente (o processo) e conteúdo (o direito *material*

¹. A respeito do assunto, José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, esp. pp. 12/18. Logo a pp. 12/13, já se lê de pertinente para a premissa referida no texto: “Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula”.

público), pois, representam campo de análise, de pesquisa e de reflexões bastante útil para colocar à prova a *utilidade* e o grau de *eficácia* do processo, sempre voltado para a *realização* do direito material.

Piero Calamandrei teve oportunidade de sistematizar realidade *conexa* à que ocupa estas linhas. Na sua visão de gênio, os direitos materiais *indisponíveis* ou de *interesse público* não podiam receber a mesma disciplina processual reservada para os direitos materiais *disponíveis*, de interesse exclusiva ou preponderantemente *privado*. Mister que o processo se manifestasse diferentemente ou, quando menos, se amoldasse para as características de cada direito material para melhor desempenhar seu papel e sua função. Daí a sistematização doutrinária que empreendeu, distinguindo o processo civil *inquisitório* do processo civil *dispositivo*, consoante o grau de disponibilidade do direito material nele veiculado.

É sua a palavra: “Resulta de tudo quanto se disse até agora que a estrutura especial deste tipo de processo civil que estamos denominando de ‘inquisitório’ não é mais do que uma consequência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: também aqui se confirma a regra de que o processo, dado ser instrumento construído para a atuação do direito substancial, conforma-se de diferente maneira segundo as diversas exigências de seu objeto: é o espírito — adotando a enérgica frase de Wach — que se adapta ao corpo (Piero Calamandrei, “Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, em *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 235)”.

Embora Calamandrei não tenha se valido do “direito público material” (o direito constitucional, o administrativo e o tributário, por exemplo) para comprovar o acerto de seu ponto de vista, o que deve ser extraído de suas lições é a *necessária* interferência do direito *material* no direito *processual*.²

O tema, é certo, não passou despercebido pela doutrina. Sobretudo quando o “direito material conflituoso” é o direito tributário. Um dos maiores estudiosos do tema entre nós, James Marins, doutrina, com profundidade e exatidão, que uma marcante característica das ações que envolvem o particular e o Estado é a circunstância de que uma das partes do processo, por definição, é *criadora* do próprio direito material conflituoso. E mais: é ela quem *impõe* este direito à parte contrária (ao particular). Muitas vezes, trata-se de imposição *material e imediata* de determinada conduta sem necessidade de acordo da outra parte ou prévio ingresso no Judiciário (a criação da certidão da dívida ativa, por exemplo, que é título executivo mesmo sem a prévia concordância do devedor). Ainda mais: quando se trata de conflitos com a União

². V. meu “O poder público em juízo: uma proposta de sistematização” em www.cpc.adv.br.

Federal, não há como deixar de trazer à tona um dado relevantíssimo. É à União Federal que compete, por força constitucional, o monopólio legislativo da criação das *próprias normas através das quais* o conflito de interesses será resolvido (CF/88, art. 22, I).

São bastante pertinentes, a este último propósito, as considerações do precitado jurista, no trabalho que lhe deu o título de Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

“... agregue-se a condição de nos encontrarmos diante de uma situação em que surge *paradoxal identidade entre Estado como titular do interesse em jogo e, portanto, destinatário do mesmo comando*. Diante disso formula advertência de grande gravidade e alcance: ‘E não estou aqui a expor mais uma vez como esta dificuldade seja posta ou como deva ser superada; me basta afirmar que se não a superar, esvanece-se não tanto o Direito Financeiro, quanto inteiramente o Direito Administrativo e em grandíssima parte o Direito Público’. Eis aqui denunciada uma das mais marcantes peculiaridades do Direito Tributário (recentemente denominada por Valdés Costa de a ‘*tríplice função do Estado*’), *consistente na relevante e especial condição de o Estado, simultaneamente, figurar como criador da fonte material da obrigação tributária (através da função legislativa), destinatário da mesma norma, credor da obrigação resultante (enquanto ente fiscal) e juiz da lide tributária (assim — e principalmente — no âmbito administrativo, mas também no judicial). Além de credor, ressalte-se, é o Estado mesmo, em sua função de lançamento (ascertamento), calçada no Direito tributário formal, quem, por vezes unilateralmente, procede à identificação do fato tributável, do sujeito passivo e quantifica a obrigação*”.³

Nestas condições, não me parece despropositado considerar que toda a vez que o Poder Público *está* em juízo pode existir um desejo, uma vontade, uma tentação e, lida a Constituição com os olhos voltados precipuamente às competências reservadas para cada uma das pessoas políticas por ela criadas, a *possibilidade* de uma das partes da relação processual querer *alterar* as regras de resolução de conflitos. Seja porque não quer perder uma ação ou, quando a derrota é inarredável, para *retardar* seu pronunciamento ou — o que parece ser mais freqüente — para *impedir* que a vitória do particular resulte em algo de concreto para sua esfera jurídica, seja, em última análise, *efetiva*, bandeira bastante comum entre os processualistas da atualidade. Impedir, em suma, que a vitória do particular possa significar a possibilidade de *realizar* os direitos e as garantias constitucionais e, conseqüentemente, a cidadania.

O número de leis e medidas provisórias-com-força-de-lei, que vedam *eficácia* imediata às decisões jurisdicionais propostas contra o Poder Público, inclusive o mandado de

³. James Marins, *Princípios fundamentais do direito processual tributário*, p. 42.

segurança, parece ilustrar bastante bem a afirmação do último parágrafo. As técnicas usualmente utilizadas para tal finalidade são basicamente a proibição da concessão de liminares ou da “execução provisória” da sentença que afirma ter o particular direito em face do Poder Público.⁴

É este um dos pontos cruciais e um dos maiores desafios que se põem perante aquele que pretende enfrentar o árduo estudo do direito processual civil *aplicado* ao direito público em geral e, como não poderia deixar de ser, também ao direito tributário. Muitas vezes, em nome de *um interesse público*, alterações são introduzidas no cenário jurídico processual com a aptidão de esvaziar a possibilidade de ser concretizado direito reconhecido ao particular em face do Poder Público. A essa questão dediquei trabalho mais extenso, que é o citado na nota de rodapé nº 2, *supra*.

2) Uma interessante questão para estudo: mandado de segurança impetrado por filial em busca de solução mais vantajosa para o contribuinte

O que releva para o presente trabalho é tema diverso mas que parte da *mesma* premissa metodológica, vale frisar, que enaltece soluções *para* o processo civil a partir do direito material público e, especificamente, a partir do direito tributário.

Como afirmei ao longo do título anterior, as ações envolvendo o direito material público têm, cada vez mais, chamado a atenção da doutrina especializada. Quando este direito material público é o direito tributário este interesse é ainda maior. Talvez porque a experiência quase que traumática dos últimos anos nesse campo tenha advertido o contribuinte de algo que, como nunca, ganhou espaço no processo de redemocratização brasileira: que o Estado *tem limites* para a concretização de qualquer plano econômico e que tais limites podem ser exigidos, se for o caso, pelo particular contra o Estado. Justamente em função do sistema de jurisdição *una*, típica do direito brasileiro, essa exigência faz-se perante o Poder Judiciário por intermédio de ações judiciais e, à exceção de uma ou outra hipótese, esse conjunto de ações judiciais é o mesmo que, cotidianamente, é usado para resolução de litígios entre os próprios particulares.

Érik Frederico Gramstrup, Juiz Federal em São Paulo e estudioso do tema, lista diversas razões pelas quais este interesse pelo que ele denomina de “ações tributárias”, em especial, o *mandado de segurança voltado à solução de conflitos tributários entre contribuinte e fisco*, é tão grande. Vale a pena conferir sua lição:

⁴. Assim, por exemplo, as Lei nºs. 2.410/55, 2.770/56, 4.348/64, 4.357/64, 4.862/65, 5.021/66, 8.437/92, 9.494/97 e, mais recentemente, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 28 de agosto de 2001, renumeração das Medidas Provisórias nºs. 1.796, 1984 e 2.102, editadas desde janeiro de 1999. Sobre o assunto, v., mais demoradamente, meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 78/81 e pp. 187/197 e meu *O poder público em juízo*, pp. 157/173.

“a) o caráter vinculado de atos — *rectius*, da competência — como o lançamento, a inscrição, a expedição de certidões, que induz ao exame amplo pelo Poder Judiciário;

b) a preferência no julgamento, com exceção do *habeas corpus*;

c) a possibilidade de suspensão liminar da ilegalidade ou abuso, conquanto sujeito às restrições que comentaremos e, hoje, sofrendo a concorrência do instituto da tutela antecipada, mas com vantagens quanto à operacionalidade;

d) a ausência de sucumbência e o menor rigor quanto ao controle do valor da causa, minimizando a antecipação de custas;

e) a admissão da modalidade preventiva, possibilitando ao impetrante de boa-fé, mas inquieto quanto à solução do litígio, antecipar-se à imposição de sanções e à inscrição e cobrança do passivo fiscal;

f) o rito simplificado, pouco oneroso e tendente ao rápido desate, aliado ao efeito meramente devolutivo da apelação interposta em face da sentença de procedência”.⁵

Isto, continua o autor, sem levar em conta o que é ainda mais importante: o mandado de segurança é “direito-garantia” fundamental expressamente previsto na Constituição Federal e que, por isto mesmo, não pode ser frustrado por qualquer ato de menor escalão normativo.⁶

De resto, o mandado de segurança sempre se mostrou, ao longo de seu desenvolvimento histórico no Brasil, como mecanismo bastante eficaz para *impor* ao Estado os *limites* do sistema normativo em geral, desde a Constituição, inclusive no que diz respeito à implementação das normas tributárias. É certo, todavia, que o mandado de segurança não pode partir da premissa de que o particular tem sempre razão em detrimento do Estado. É fundamental que o mandado de segurança, como, de resto, qualquer outra ação judicial, seja entendida no seu próprio contexto e na sua feição. Daí, por exemplo, a inafastável necessidade de eventual pedido de liminar ser estudado com rigor pelo magistrado, que deve buscar o maior grau cognitivo possível para o instante procedimental para admitir que, muito provavelmente, existe o direito reclamado pelo particular e que ele deve ser satisfeito ou acautelado desde logo, sob pena da imprestabilidade do questionamento judicial. De outro modo, toda a vez que o magistrado não conseguir constatar tal necessidade, ele deverá declarar, desde pronto, que inexistente, ao menos naquele instante, qualquer direito do particular para ser tutelado, indeferindo a liminar.

⁵. “Do mandado de segurança tributário”, pp. 317/318.

⁶. Op. cit., p. 318. Aprofundei-me sobre essa questão nos trabalhos citados na nota de rodapé nº 4, *supra*.

O que pretendo estudar nesta sede é um tema bastante comum no foro e que diz respeito ao mandado de segurança voltado ao questionamento de exações tributárias e que, adiante a conclusão, acaba querendo transformar o mandado de segurança (ou qualquer outra ação em que pedido de liminar ou, mais amplamente, de “tutela de urgência” seja possível) em verdadeira “aventura processual”: pode a empresa “A” impetrar mandado de segurança contra determinada exação tributária federal na Seção Judiciária “1” e, mal sucedida no pedido de liminar, repetir o mandado de segurança perante a Seção Judiciária “2” de outro Estado? Faz diferença, para admitir a “nova” impetração, que a encabece uma “filial”, que tem sede naquele outro Estado? Tratar-se-ia de um “novo” mandado de segurança ou da *mesma* ação que já não obteve sucesso, pelo menos liminarmente?

Um pensamento mais célere poderia dar a entender que a questão poderia ser enfrentada levando-se em conta *apenas* o direito processual civil e suas normas. Poder-se-ia estudá-la do prisma da “litispendência” ou da “coisa julgada”. Sem dúvida que existe essa possibilidade. Mas não de forma suficiente ou exaustiva. A dificuldade que surge na questão diz respeito à *identidade* da parte que impetra o segundo mandado de segurança, o que é inerente ao fenômeno da litispendência e da coisa julgada. Somente se se tratar do “mesmo” impetrante é que o sistema processual civil rechaça a segunda impetração. Caso contrário não. E a revelação de se tratar de “parte idêntica” é assunto que só o direito tributário pode esclarecer. O direito processual, no particular, é mero expectador da solução que só o tributarista pode dar com segurança, embora a resposta encontrada no plano material acabe sendo incorporada ao processo através de um instituto processual.

Adiante que a clássica preocupação com quem seja o “réu” do mandado de segurança é impertinente para esse estudo. A uma, porque a questão tem mais interesse quando questionado tributo federal que, por definição, atravessa as fronteiras dos diversos Estados brasileiros e é, por definição, exigido em todo território nacional, consoante possa vir a se concretizar sua hipótese de incidência. A duas, porque estou com aqueles que entendem que “réu” do mandado de segurança é sempre a pessoa jurídica a qual faz parte a autoridade coatora, mera *representante* daquela pessoa em juízo.⁷ No exemplo figurado para estudo, réu do mandado de segurança é a União Federal (o tributo é federal) e, por força da Constituição Federal, a União pode ser acionada em todo o território nacional (CF, art. 109, I, VIII e § 2º). A “autoridade coatora”, no máximo, é indicadora de competência do mandado de segurança. Nessas condições, a variação relevante que poderia ocorrer se daria, única e exclusivamente, no pólo ativo da impetração, na pessoa do impetrante, portanto. Por isso o estudo limita-se a enfrentar a questão dessa perspectiva.

⁷. A respeito, v. meu *Mandado de segurança: comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, no prelo da Editora Saraiva de São Paulo.

3) A posição da doutrina mais recente

A questão foi bastante bem enfrentada pela doutrina do “direito processual tributário” mais recente. Em dois trabalhos recentes, seus autores chegaram à mesma conclusão: a segunda impetração não pode prevalecer, bem assim, os efeitos de eventual liminar favorável pelo impetrante diante da litispendência ou da coisa julgada com a anterior. A “variação” do impetrante não conduz a uma impetração diversa da originária, diante do que prescrevem as leis tributárias que incidem na espécie. Explicam suas razões com os olhos voltados menos para o sistema processual civil e mais para o sistema tributário.

As conclusões a que chega um desses autores, Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, Juiz Federal em São Paulo, são as seguintes:

“a) matriz e filiais de uma empresa não formam várias pessoas jurídicas, mas uma só;

b) a legitimidade *ad causam* é definida pela personalidade jurídica; o domicílio tributário é útil para a determinação da competência do juízo;

c) independentemente da corrente doutrinária que se adote a respeito da legitimidade passiva para o mandado de segurança, é a pessoa de direito público que resta jurídica e patrimonialmente atingida pelos efeitos da coisa julgada;

d) não é possível que uma única relação jurídica material, envolvendo determinada empresa e a União, receba ou possa receber tratamentos e soluções diversas em sede jurisdicional;

e) a empresa deve impetrar o mandado de segurança no foro onde estiver sediada a autoridade coatora, observadas as regras de competência da Justiça Federal; se mais de uma autoridade estiver praticando o ato reputado ilegal, a empresa deverá optar por qualquer dos respectivos foros;

f) havendo reprodução indevida de mandados de segurança, prosseguirá o processo onde tiver ocorrido a primeira notificação, pela força do art. 219 do CPC; os demais deverão ser extintos, em razão da litispendência;

g) concedida ou denegada a segurança, a decisão liminar ou final atingirá a empresa como um todo (matriz e filiais) e, também, a União, devendo ser respeitada e cumprida por todos os seus agentes, mesmo que não tenham figurado na relação processual mandamental”.⁸

A leitura destas assertivas revelam, com exatidão, a *necessidade* de aquele que pretende questionar determinada exação tributária em juízo de se embeber das características e dos limites da relação jurídica existente entre contribuinte e fisco no plano material. O processo

⁸. “O mandado de segurança impetrado por filial de empresa”, pp. 667/668.

não *cria* o direito material; aplica-o, nos exatos contornos em que ele existe *previamente* à *necessidade* do ingresso perante o Poder Judiciário. Daí o autor referir-se na sua conclusão *sub* “d” a que uma relação jurídica tributária não se transforma e não se multiplica só porque é exercitada em juízo. Se, no plano do direito tributário, existe só uma exação tributária, não obstante a existência de diversas filiais de uma mesma empresa, quando questionada em juízo, a exação permanecerá uma só. Não é porque o contribuinte pretende ingressar com uma ação judicial que a relação tributária que é uma no plano material pode ser repartida no plano processual.

Embora o tema receba soluções diversas no próprio plano do direito tributário⁹ — o que somente enriquece o debate sobre ele — não há como fugir da premissa que abre esse breve estudo. É o direito material que define os lindes da relação jurídica tributária que se pretende questionar em juízo. O sujeito ativo e passivo desta relação, bem como a eficácia espacial e temporal desta relação jurídica tributária não variam quando transportadas para juízo. A regra do direito processual civil é clara: aqueles que compõem o plano material é que têm legitimidade ativa e passiva para questionar o plano material em juízo. Somente nos casos admitidos expressamente pela lei é que pode haver uma *ruptura* do plano material no plano processual (CPC, art. 6º).¹⁰ Mesmo nestes casos, entretanto, a relação jurídica continua sendo, exata e rigorosamente aquela, que existe no plano do direito material. O que a lei processual admite, por exceção, é a ruptura daquele que pode questiona-la em juízo. Nada mais do que isso.

Em suma: os contornos da situação jurídica de direito material impõem os limites e o modelo do ingresso no Judiciário. Eles se refletem, necessariamente e por definição,

⁹. Há, com efeito, diversos julgados dos Tribunais Regionais Federais em sentido radicalmente oposto, reconhecendo a possibilidade da impetração de mandados de segurança por matriz e filiais sem que haja “litispendência” ou “coisa julgada” entre eles. O que deve ser destacado para essa sede é que esses acórdãos, ao contrário da doutrina referida no texto, vê dualidade de personalidades jurídicas na hipótese. Apenas para ilustrar a afirmação, consulte-se os seguintes acórdãos: “Administrativo. Processual civil. CADIN. Decisão de juízes vinculados a tribunais regionais diversos. Agências bancárias de outros estados. Litispendência. Ausência dos pressupostos. 1. Para fins tributários, as filiais entre si e a matriz, são considerados estabelecimentos autônomos. 2. Decisão do Juiz Federal de São Paulo não faz litispendência em relação a processo de outra região, face a inexistência de identidade de partes e delimitação jurisdicional. 3. Apelação provida. 4. Sentença remetida ao 1º grau para o enfrentamento do mérito” (TRF4, 4ª Turma, Apelação Cível nº 316.925/RS, rel. Juiz Alcides Vettorazzi, j.un. 28.3.00, DJU 24.5.00, p. 292) e “Processual civil - Litispendência - Inexistência de seus pressupostos - Reforma. 1. A litispendência caracteriza-se pela existência de dois ou mais processos que tenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, o que não ocorre no presente caso. 2. O presente *mandamus* refere-se à unidade fabril da empresa filial, situada no município de Itapevi, ao passo que o anteriormente ajuizado tem como impetrante a unidade fabril da empresa matriz, com domicílio em São Paulo e com conta de energia elétrica e código de instalação diversos. 3. Inexistência de litigância de má-fé por parte da impetrante. Insubsistência da multa imposta pelo juízo *a quo*. 4. Apelação provida” (TRF3, 6ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 94.03.0844582/SP, rela. Juíza Eva Regina, j.un. 7.4.99, DJU 23.6.99, p. 218).

¹⁰. Trata-se do fenômeno identificado pela doutrina do processo civil como legitimação extraordinária e, quando excludente da apresentação em juízo do titular do direito no plano material, substituição processual.

no plano do direito processual. Inclusive no que diz respeito à identificação da *legitimidade ativa* para a ação judicial.¹¹

Daí a segura observação de Regina Helena Costa, também Juíza Federal em São Paulo e que é autora do segundo trabalho mencionado de início sobre a questão que aqui estudo.:

“... para a perfeita identificação dos sujeitos no mandado de segurança relativo à matéria fiscal, bem como para a análise da posição que cada sujeito tributário pode ocupar nessa relação processual, há que se atentar para as peculiaridades de que se revestem as diversas relações de direito material tributário.

Portanto, diante da pluralidade de vínculos que podem ser estabelecidos em função da exigência de um tributo, a definição da acertada natureza da relação jurídica questionada será, indubitavelmente, determinante da caracterização da legitimidade ativa, da correta indicação da autoridade coatora, e da admissibilidade da intervenção de terceiros”.¹²

Assim, e voltando às questões que abrem esse título, para se verificar se o segundo mandado de segurança é mera repetição do anterior — quase que uma “nova tentativa” de “liminar” perante juízo diverso — é mister o exame da questão no plano do direito material. E, na linha do quanto sustentado por Nelton Moraes dos Santos e Regina Helena Costa, o domicílio tributário, definido pelo art. 127, II, do Código Tributário Nacional, não se sobrepõe à noção de “personalidade jurídica da empresa”. Não é porque matrizes e filiais podem ter domicílios tributários diversos e porque, para fins de fiscalização, inclusive tributárias, possuem contabilidades separadas e inscrições diversas, é que há uma pluralidade de “personalidades jurídicas”, legitimando, assim, diversas impetrações para discussão de uma *mesma* exação tributária. Matrizes e filiais são a *mesma* pessoa jurídica. Assim sendo, só podem questionar “uma vez só” e perante “um só juízo” uma determinada exação tributária.

Sem dúvida que a própria Constituição Federal deixa ao contribuinte que atua em diversos locais uma certa margem de liberdade para a escolha do juízo federal para acionar a União Federal, como revela o já mencionado art. 109, § 2º.¹³ Tratando-se de mandado de

¹¹. “A legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e eficácia de um ato concernente a relação jurídica substancial depende de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz. Se apenas o proprietário pode alienar, somente quem se diz proprietário tem legitimidade para reivindicar. É sempre a situação substancial afirmada que determina a legitimação” (José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 81).

¹². “Anotações sobre os sujeitos do mandado de segurança em matéria tributária”, pp. 745/746.

¹³. “O § 2º do art. 109 instituiu, por outro lado, a competência concorrente eletiva para os casos em que a União for ré. O autor poderá escolher entre o foro em que é domiciliado, em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou o Distrito Federal. Todos os foros previstos no § 2º são igualmente competentes, não havendo que se falar em (in)competência relativa, pois, em vez de prorrogação,

segurança, nem há como negar que a “competência jurisdicional” variará consoante seja a autoridade que possa ser identificada como “coatora” e seu grau de hierarquia na máquina administrativa.¹⁴ Uma vez mais, e, desta feita, tendo em vista o inciso VIII do art. 109 da Constituição Federal, pode ser que ocorra *concorrência* de foros competentes.

Se é certo que exista, em alguns casos, variedade de juízos igualmente competentes para questionar uma dada exação tributária isto não pode querer significar, no entanto, ser lícita a existência de tantas ações quantos sejam, em tese, os juízos competentes. Muito menos que possa se buscar do Judiciário tantos resultados possíveis, favoráveis ou desfavoráveis a cada uma das partes, consoante seja o número de juízos competentes.

A questão analisada do plano material, revela que uma vez feita a “escolha” do foro, é ela irreversível. Justamente porque há uma “constante” na questão, que deriva do direito material: a personalidade jurídica e a própria exação tributária.

Mesmo para os casos em que é possível, *por força do tipo tributário*, falar-se em “princípio da autonomia do estabelecimento”, não há como colocar em dúvida, ainda com os olhos voltados para esse ramo do direito, que a multiplicidade de mecanismos de cálculo e fiscalização de incidência tributária não significa a criação de uma multiplicidade de personalidades jurídicas *distintas*, cada qual com correlata “autonomia” para impugnar a exação tributária. Até porque, não há espaço para questionar que, mesmo nesses casos, a questão relativa à exigibilidade ou não do tributo, vale dizer, a higidez da relação tributária, continua sendo, ainda aqui, uma só.¹⁵

Evidentemente que se, no plano material, for possível distinguir situações concretas que dizem respeito a uma só das filiais (por exemplo, uma tese tributária que, por qualquer motivo, alcança apenas um dos estabelecimentos), não há como negar que, na exata

haverá simples escolha pelo autor” (Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível na justiça federal*, p. 110). Na mesma linha de argumentação, mencionando tratar-se, o art. 109, § 2º, da Constituição Federal, de hipótese de *concorrência de foros*, Raquel Fernandez Perrini, *Competências da justiça federal comum*, pp. 292/300.

¹⁴. Sobre a relação entre o *status* da “autoridade coatora” e a competência jurisdicional para impetração de mandado de segurança, v. Athos Gusmão Carneiro, *Jurisdição e competência*, p. 112, Aloísio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível da justiça federal*, pp. 73/74 e Raquel Fernandez Perrini, *Competências da justiça federal comum*, pp. 223/225. Também enfrentei o tema em meu *Mandado de segurança: comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*, que está no prelo da Editora Saraiva de São Paulo.

¹⁵. Nesse sentido: “As pessoas jurídicas de direito privado e suas firmas individuais terão considerado como domicílio o lugar de sua sede, em relação aos atos ou fatos que deram origem à obrigação, o de cada estabelecimento (inciso II do art. 127 do CTN). Este critério deve ser aplicado de conformidade com as diferentes espécies tributárias, pois se o imposto de renda é lançado, tendo em vista a autonomia de cada estabelecimento para apuração do *quantum* tributário (em face da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), muito embora a empresa seja considerada em sua integralidade, para os fins de responder pelo débito tributário” (José Eduardo de Melo, *Curso de direito tributário*, p. 195) e “O domicílio é importante para fixar o local do recebimento e quem deve fazer o pagamento, deduzindo-se do adimplemento da obrigação se a mora é do credor ou do devedor. (...) No imposto de renda, exação federal — pouco importando a existência de diversos estabelecimentos — o domicílio do contribuinte é o da sua sede” (Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de direito tributário*, p. 598).

medida, em que o ato diga respeito *só* a ela, é somente aquele ato que será questionado em juízo e, certamente, os efeitos do questionamento judicial, só vão lhe dizer respeito. Mesmo aqui, entretanto, não há como fugir da premissa que abre o presente estudo. O ato imaginado só diz respeito à filial, desde o plano tributário. Não é uma criação ou uma “ficção” processual. É difícil, no entanto, imaginar tal hipótese no que diz respeito à *exigibilidade* de tributos, vale dizer, a higidez de dada relação jurídica tributária.

4) O novo art. 253, II, do CPC, e sua aplicação à hipótese

Reafirmando as premissas sobre as quais se fundam este trabalho, não há como afirmar ser suficiente o direito processual civil para responder a questão aventada no título anterior. Principalmente porque saber se os dois mandados de segurança do exemplo figurado são “idênticos” é uma questão que, embora seja levada ao processo pela teoria da “tríplice identidade”, tipicamente processual (CPC, art. 301, § 2º), é resolvida pelo direito tributário. É a doutrina e a jurisprudência tributárias que têm que definir, se, *para fins tributários*, filial e matriz são a *mesma* pessoa. Embora a veiculação da resposta colhida no direito tributário para o plano processual se dê por institutos desse ramo do direito isto não pode impedir o que, espero, tenha ficado claro desde o início dessas linhas: quem diz quem é que está sujeito à exação tributária e quais são os limites dessa sujeição é o direito tributário; não o direito processual civil.

De qualquer sorte, há um dado novo no direito processual civil que considero pertinente para mencionar e confirmar as conclusões até aqui lançadas.

Trata-se do novo inciso II criado pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, ao art. 253, do Código de Processo Civil. De acordo com o dispositivo, “Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: (...) II – quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores”.

O que a norma quer estabelecer claramente é que a repetição de uma *mesma* ação, mesmo que com *partes diferentes* (daí o emprego do termo “litisconsórcio”), deverá ser dirigida ao *mesmo* juízo. Em termos técnicos de direito processual civil ou em “processualês”, parece que o novo dispositivo quer criar uma *nova* forma de *prevenção de juízo*, que se distancia — e bastante — do critério “tradicional” do Código de Processo Civil.¹⁶ Até porque trata de “prevenção” de juízo para uma *mesma* ação (idêntica, embora sucessiva) e não para mais de uma (semelhante). A norma regula uma forma de “prevenção” que não implica na reunião de duas ou mais ações para julgamento conjunto mas, bem diferentemente, que

¹⁶. Neste sentido — e por força do *novo* critério de prevenção definido pelo atual art. 253, II, do CPC — é que a conclusão sob a letra “F” a que chegou Nelson Agnaldo Moraes dos Santos (v. texto a que se refere a nota 8, *supra*) pode merecer alguma ressalva.

determina que várias ações idênticas, embora com autores diversos (litisconsortes), sejam todas encaminhadas ao mesmo juízo.

A expressão “prevenção de juízo” deve ser entendida como a *fixação concreta* de *um* entre mais de um juízos competentes em abstrato. Naqueles casos em que há *foro concorrente* é possível verificar que um — e apenas um — dos juízos é que poderá julgar a ação, com exclusão dos demais.

Na hipótese prevista pelo art. 109, § 2º, da Constituição Federal, por exemplo, o contribuinte pode optar pela propositura da ação em face da União no seu domicílio, na seção judiciária onde ocorreu o ato ou fato que pretende questionar em juízo, onde está situada a coisa ou no Distrito Federal. Trata-se, como visto no texto a que se refere a nota 13, *supra*, de *escolha* que pode ser exercida, em cada caso concreto, pelo contribuinte. O mesmo se diga quando o caso é de mandado de segurança e a fixação da competência se dá consoante seja a autoridade coatora *ex vi* do art. 109, VIII, da Constituição, desde que, evidentemente, nenhuma das autoridades tenha foro privilegiado.

Para definir qual juízo, entre vários, em abstrato, é o competente quando há mais de uma ação em curso, o Código de Processo Civil adotou os critérios constantes dos arts. 106 e 219, o “primeiro despacho nos autos” (assim entendido o juízo de admissibilidade da petição inicial, usualmente consubstanciado no “cite-se sob as penas da lei”) e a citação válida, respectivamente. O Código de Processo Civil articula cada um destes dispositivos supondo a co-existência de ações assemelhadas e não idênticas (conexas ou continentes, diz o Código), tratando de definir qual, dentre dois juízos, é o competente para processar ambas. Superando a *aparente* dicotomia entre os dispositivos a doutrina nunca deixou de afirmar que o art. 106 tem aplicação quando duas ações conexas ou continentes correm no *mesmo* foro (vale dizer, mesmo território, comarca ou seção judiciária) e o art. 219 quando as ações correm em foros diversos. Daí ser comum, na doutrina processual civil, a afirmação de que *prevenção* é critério de *fixação* ou *modificação* da competência.¹⁷

Uma vez *fixado* o juízo, entretanto, nenhuma outra escolha pode ocorrer. O juízo *prevento* passa a afastar todos os demais, mesmo aqueles que, de início, teriam competência para conhecer e julgar a ação. Assim, seja o juízo que “despachou em primeiro lugar” (art. 106) ou aquele perante o qual se deu a primeira citação (art. 219) é ele o *prevento* para as demais causas, excluindo qualquer outro juízo que teria, em abstrato, idêntica competência para julgar aquelas causas.

¹⁷. Analisei, com algum vagar esse instituto no meu *O poder público em juízo*, pp. 127/140, a propósito do que hoje é o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.347/85 (ação civil pública) e o § 5º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa), na redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2002, então Medida Provisória nº 1.984.

O que se tem sustentado é que o atual art. 253, II, do Código de Processo Civil acabou por criar um *novo* critério de prevenção para a hipótese de haver sucessivas distribuições de uma *mesma* ação, mesmo com variação nos seus autores. Um critério que não se baseia mais no “primeiro despacho” ou na “citação válida” mas em um dado ainda mais concreto, objetivo e imediato: a mera distribuição da ação. Tudo para impedir, lê-se da exposição de motivos, da Lei nº 10.358/01, que uma *mesma* ação seja distribuída tantas vezes quantas sejam suficientes para a obtenção de uma liminar ou, de forma mais ampla, de alguma providência jurisdicional favorável ao autor.¹⁸

José Rogério Cruz e Tucci, por exemplo, escreve que “... em consonância com o novel inc. II do art. 253, a desistência da demanda mesmo antes da citação, faz com que a simples distribuição gere prevenção para causa subsequente. Parece, assim, que essa novidade afronta o tradicional preceito do *caput* do art. 219 do CPC (“A citação válida torna prevento o juízo...”)...”.¹⁹

Não é diverso o entendimento de Fredie Didier Jr. no particular:

“Com a reforma do art. 253 cria-se nova modalidade de regra de prevenção, que passa a alcançar feitos já findos, e por isto, dissociada do instituto da conexão. A propósito, parece ter sido essa a intenção, pois afirma-se que se criará outra hipótese de prevenção: a prevenção por ações repetidas”.²⁰

É desse entendimento também Cândido Rangel Dinamarco, que defende a tese de que o novo dispositivo cuida de uma causa de prevenção que denomina de “originária”, em contraposição àquela, preexistente no sistema processual civil, que chama de “expansiva”. Para ele, trata-se de típico caso de competência *absoluta*, porque fixada com base em critério *funcional* e, portanto, apreciável até de ofício, com necessária declaração de nulidade de quaisquer atos decisórios (CPC, arts. 113, *caput*, e § 2º e 301, § 4º). São as seguintes as suas palavras:

“Estamos diante de um caso muito nítido de competência funcional: o fato de aquele juízo, naquele foro, haver exercido sua função jurisdicional em determinado caso é suficiente para, de modo automático e direto, estabelecer sua competência para processos futuros, versando a mesma causa. *Mesma causa* (ou *causa igual*), segundo a notória regra dos três *eadem*, é aquela que apresenta os mesmos sujeitos, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido já presentes em uma precedente demanda (CPC, art. 301, § 2º)...”.²¹

¹⁸. Sobre a exposição de motivos do Anteprojeto que se tornou a Lei nº 10.358/01, consultar William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, pp. 46/47.

¹⁹. *Lineamentos da nova reforma do CPC*, p. 38.

²⁰. Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, *A nova reforma processual*, p. 33.

²¹. *A reforma da reforma*, p. 74.

Há aqueles, como Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, que criticam veementemente o dispositivo.²² Para eles é possível, lícito e ético a “escolha” do juízo, mesmo que isto signifique propor uma ação judicial perante quem já tenha, por algum motivo, externado seu entendimento pessoal sobre o tema. Não pretendo, nesta sede, concordar ou discordar, desses processualistas. O que deve ser destacado da leitura das lições do casal de juristas é que o dispositivo quis proibir uma prática comum no foro de “caça” ou “escolha” do “juízo bom”. Juízo bom da perspectiva daquele que pede e sabe que vai obter determinada tutela jurisdicional, liminar ou final, em seu favor.

O fato, no entanto, é que, concordando ou não com a solução dada pelo direito positivo brasileiro, a possibilidade dessa “busca” está definitivamente afastada do sistema processual civil brasileiro. Como a opção do legislador mais recente afina-se aos princípios da isonomia e do juízo natural — de inspiração constitucional (art. 5º, *caput*, II, XXXVII e LIII) —, não há como evitar a aplicação da lei, sendo críticas à sua *ratio* meramente de *lege ferenda*.

O que está muito claro diante da nova regra processual é que uma vez proposta uma ação jurisdicional perante um dado juízo — mesmo que haja outros igualmente competentes (foro concorrente) — já não é mais dado ao autor propor a ação em qualquer outro juízo. Se, porventura, a providência liminar que ele requerer for indeferida, a ele resta recorrer para o Tribunal competente, em busca da tutela de seus direitos. Não mais — se é que isso era possível antes do advento da Lei nº 10.358/01 — tentar “melhor sorte” perante outro juízo que, *antes da propositura da ação*, também detinha competência para a questão. Isso mesmo quando a “nova” ação seja proposta por um litisconsorte. Mesmo quando a “nova” ação seja proposta por alguém que, na verdade, é o *mesmo* autor, não obstante rotular-se de filial.

5) Considerações finais

O novo inciso II do art. 253 do Código de Processo Civil rende ensejo a uma infinidade de outras diversas questões processuais. Uma delas, talvez a mais importante, seja a relativa ao reconhecimento, pelo dispositivo, do que a doutrina, majoritariamente, hesita — e bastante — em reconhecer: a intervenção litisconsorcial (facultativa) ulterior. É a hipótese de alguém pretender beneficiar-se de liminar ou outra medida proferida em processo *inter alios* afirmando estar em situação fática idêntica.²³ Outra é o alcance do dispositivo: será que somente a *desistência* da ação gera a prevenção de juízo regulado pelo novel dispositivo? E os

²². *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*, pp. 43/51. Também Fredie Didier Jr. (*A nova reforma processual*, pp. 28/40) é um crítico voraz do dispositivo, analisando-o de diversos ângulos, além de uma possível falta de ética do profissional responsável pelas “tantas distribuições quantas bastem para a concessão da liminar”.

²³. A este respeito, v. as considerações de Fredie Didier Jr., *A nova reforma processual*, pp. 39/40, Leonardo José Carneiro da Cunha, *Inovações no processo civil*, pp. 35/37 e Daniel Assumpção Neves, *Nova reforma processual civil comentada*, pp. 75/82.

outros casos de extinção do processo *sem julgamento de mérito*? A análise dessas questões, no entanto, transbordaria da proposta deste estudo, justamente porque não reclama qualquer conteúdo de direito material.

O que releva para essa sede é o entendimento de que aquilo que parece derivar com singeleza do arcabouço processual recém modificado tem raízes bastante profundas no direito material, que indica, com exatidão, as condições segundo as quais há ações idênticas ou não em virtude da variação do pólo ativo da relação processual. Se, ademais, há divergência ou dúvidas no plano material sobre qual seja o real domicílio tributário de uma empresa ou se, para fins tributários, matriz e filiais têm “personalidade jurídica própria”, ao processo civil nada resta senão acolher a mais segura das lições que a doutrina e a jurisprudência daquele ramo jurídico venha a produzir.

É fundamental, destarte, que, independentemente das novidades trazidas para a *técnica processual*, o processualista ou, quando menos, o aplicador da lei processual tenha sempre em mente os lindes, as características e, como sói acontecer, as divergências que existem no plano do direito material que, por intermédio do processo, ele pretende aplicar. Não há processo sem direito material. Não há adequada aplicação do direito material sem que o processo perceba que não pode ir além do que o direito a ser aplicado consegue ir.

Bibliografia

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, São Paulo, Malheiros, 2ª edição, 2ª tiragem, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. São Paulo, Saraiva, 9ª edição, 1999.

CHEIM JORGE, Flávio, DIDIER Jr., Fredie e ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A nova reforma processual*, São Paulo, Saraiva, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, *Curso de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

COSTA, Regina Helena. “Anotações sobre os sujeitos do mandado de segurança em matéria tributária” em *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*, obra coletiva coordenada por Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 722/747.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no processo civil*. São Paulo, Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, São Paulo, Malheiros, 2002.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

GRAMSTRUP, Érik Frederico. “Do mandado de segurança tributário” em *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*, obra coletiva coordenada por Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 317/353.

MARINS, James. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*, São Paulo, Dialética, 1998.

MELO, José Eduardo de. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 2ª edição, 2001.

MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo, Saraiva, 1998.

MOREIRA, Alberto Camiña, NEVES, Daniel A. Assumpção, ORIONE NETO, Luiz e SHIMURA, Sérgio. *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo, Método, 2002.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da justiça federal comum*. São Paulo, Saraiva, 2001.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. “O mandado de segurança impetrado por filial de empresa” em *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*, obra coletiva coordenada por Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 659/668.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999.

_____. *Mandado de segurança: comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança*. No prelo da Editora Saraiva, de São Paulo.

_____. *O poder público em juízo*. São Paulo, Max Limonad, 2000.

_____. “O poder público em juízo: uma proposta de sistematização” em www.cpc.adv.br.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2002.