

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
JULIANA AGUIAR PATRIANI

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA
A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

São Paulo – 2011

JULIANA AGUIAR PATRIANI

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA
A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

Trabalho de Pós - Graduação apresentado à Banca Examinadora do Curso de Pós Graduação em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial das atividades para a obtenção do título de especialista em direito tributário.

Orientador: Prof. Jonathan Vita

**São Paulo
2011**

JULIANA AGUIAR PATRIANI

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA
A COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

Trabalho de Pós - Graduação apresentado à Banca Examinadora do curso de Pós Graduação em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial das atividades para a obtenção do título de especialista em direito tributário.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ao meu amado marido, Tércio Patriani, pelo amor, carinho e apoio essenciais para a concretização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Jonathan Vita, minha eterna gratidão, por ter me orientado durante a elaboração deste trabalho e pelos ensinamentos que pacientemente me transmitiu, os quais levarei para resto de minha vida.

Aos professores e mestres da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, meu eterno agradecimento, pelo enriquecimento adquirido com seus ensinamentos e exemplos profissionais, tornando possível a realização de um sonho.

RESUMO

Trata-se de um trabalho que aborda a inconstitucionalidade da vedação de medida liminar em compensação tributária. Faz-se, *a priori*, uma análise do mandado de segurança a fim de compreender melhor sua roupagem atual, que em âmbito nacional se solidificou com o advento da Lei 12.016/2009. A citada lei veda a concessão de medida liminar para ações que versem sobre compensação tributária restringindo assim a aplicação de direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, face a esse aparente paradoxo tem – se como tema central deste trabalho, a análise pelo âmbito constitucional da possibilidade de deferimento de medida liminar em compensação tributária.

Palavras – chaves: Mandado de Segurança. Lei n.º 12.016/2009. Medida Liminar. Compensação Tributária. Inconstitucionalidade da vedação de medida liminar em compensação tributária.

ABSTRACT

This work is about the unconstitutionality of the injunction of tax compensation. A priori we will analyze writ of mandamus in order to better understand its current guise, which nationally has solidified with the advent of Law 12.016/2009. The aforementioned law forbids the granting of an injunction for actions that deal with tax compensation thus restricting the application of fundamental right under Article 5, XXXV, given this apparent paradox is - the central subject of this work, the analysis by the constitutional framework the possibility of granting an injunction in tax compensation.

Key - words: Writ of mandamus. Law 12.016/2009. Injunction. Compensation Tax. Unconstitutionality of the injunction in tax compensation

LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
DL	Decreto lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	10
2. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL.....	12
2.1 Noção Histórica.....	12
2.2 Natureza Jurídica.....	15
2.3 Liquidez e certeza do direito.....	15
2.4 A autoridade coatora.....	16
2.5 Direito Comparado.....	17
2.5.1 Direito Francês.....	17
2.5.2 Direito Norte Americano.....	19
3. A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA.....	22
3.1 A Medida Liminar em Mandado de Segurança.....	22
3.2 A tutela antecipatória e a liminar no Mandado de Segurança.....	22
3.3 Concessão da liminar.....	24
3.4.1 Fundamento relevante	24
3.4.2 Liminar e presunção de constitucionalidade das leis.....	26
4. A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	28
4.1 O Direito à compensação	28
4.2 Compensação e Medida Liminar em Mandado de Segurança	29
5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR PARA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	31
5.1 Garantia Constitucional.....	31
5.2 Direito ao Crédito e Direito de Compensar.....	34
5.3 Fundamento Constitucional ao Direito de Compensar.....	36
6. CONCLUSÃO.....	41
7. BIBLIOGRAFIA.....	43

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da vedação contida na nova lei de mandado de segurança, Lei n.º 12.016/2009, quanto à impossibilidade de concessão de medida liminar para compensação de crédito tributário.

Como sabido a nova Lei do Mandado de Segurança revogou a Lei n.º 1.533/51 trazendo em sua redação, para seus defensores, a consolidação em texto único dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais formados ao longo do tempo em que vigorou a antiga redação.

Não nos parece, porém, adequada a vedação trazida em seu artigo 7º, §2º no qual há expressa proibição quanto à concessão de medida liminar, e da execução provisória da sentença que concede o mandado de segurança, quando a proteção almejada pelo impetrante seja o direito de compensar crédito tributário ou até mesmo de extinguir crédito tributário mediante o instrumento da compensação tributária.

Dessa forma, analisaremos os aparentes paradoxos para a defesa da tese de inconstitucionalidade da vedação da medida liminar em compensação tributária frente aos artigos 7º, §2º da Lei n.º 12.106/09 e artigo 170 –A do Código Tributário Nacional e das súmulas 212 e 213 do Superior Tribunal de Justiça.

Nos primeiros dois capítulos nos preocupamos na fixação do conceito de mandado de segurança bem como nos pressupostos para deferimento de medida liminar para que, assim, pudéssemos traçar um raciocínio lógico acerca da defesa da inconstitucionalidade da vedação supramencionada.

Após essa primeira análise, adentramos no âmbito do direito tributário com o fim de analisarmos a previsão constitucional descrita no artigo 5º, inciso XXXV em contradição ao que prevêem as normas infraconstitucionais.

Por fim, tentaremos demonstrar o cabimento do deferimento da medida liminar em mandado de segurança, desde que preenchidos os pressupostos para seu deferimento, frente à supremacia da norma constitucional.

CAPÍTULO II - MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

2.1 Noção Histórica

No período colonial brasileiro, em virtude do domínio português, não existiam formas adequadas e satisfatórias de defesa contra atos ilegais da Administração. A monarquia lusitana possuía domínio absoluto, sendo absorvidos pelo Poder Executivo os demais Poderes.

Após a proclamação da independência brasileira, a legislação se manteve no Brasil, até que a Lei de 4 de outubro de 1831, ao organizar o Tesouro Público Nacional, dispôs, no seu artigo 91, que a jurisdição contenciosa até então exercida pelo Conselho Nacional da Fazenda passaria aos juízes territoriais, com recursos para as Relações do Distrito¹.

Inspirando-se no modelo francês, o imperador criou em 1823 um Conselho de Estado, possuindo dez membros. Este Conselho foi suprimido pelo artigo 32 do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, sendo restabelecido em 1841 através da Lei n.º 234. O Conselho de Estado tinha como objeto exercer a função consultiva e não decisória.

A doutrina preponderante no período imperial, inspirado nas lições francesas, diferenciava o ato da Administração que prejudicava simples interesse do particular daquele em que lesava o direito protegido por lei. No primeiro caso, somente, um pedido de reconsideração era possível, enquanto no outro poderiam ser julgados pela Administração.

Com a proclamação da República, na vigência da Constituição Federal de 1891, foi abolido o Contencioso Administrativo, passando todas as causas à serem julgadas pelo Poder Judiciário.

¹ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 10ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pág. 26.

Os procedimentos adotados pelo processo civil brasileiro, quer no Império quer nos primeiros tempos da República, não eram céleres tampouco eficazes. Em virtude do insucesso inicial, quer por despreparo dos juízes ou inércia da parte interessada, poucos procedimentos foram adotados contra a Administração.

Foi então, que na Constituição Federal de 1934, através da sugestão de João Mangabeira, criou um processo sumaríssimo, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestadamente ilegal Poder Executivo. Dessa forma, se o pedido fosse julgado procedente o juiz expediria um “mandado de segurança” proibindo à Administração a prática do ato ou determinando o restabelecimento da situação posterior.

A Constituição de 1946 elevou as garantias do mandado de segurança, suprimindo a exigência de que a ilegalidade fosse manifesta, o que simplificou grandemente a aplicação do instituto.

Em 31 de dezembro de 1951, a Lei n.º 1533 regulamentou totalmente o procedimento do Mandado de Segurança previsto na Constituição².

Mantendo a garantia constitucional anterior, a Constituição Federal de 1967, acrescentando em seu artigo 150,§21 a palavra **individual** “ para proteger direito *individual* líquido e certo”.

Após discussões doutrinárias, a Emenda n.º 1 de 17 de outubro de 1969, no §21 do artigo 153, suprimiu a expressão “ individual” , restaurando assim a redação da Constituição de 1946.

² O mandado de Segurança está regulamentado pela Lei Federal n.º 12.016, de 07.08.2009, que substituiu a Lei n.º 1533, de 31.12.1951, e incorporou em um só diploma legal a maior parte das normas pertinentes à matéria, revogando no ensejo, o teor de seu artigo 29, a mencionada Lei n.º 1533/51.

Quatro anos após a publicação da Emenda n.º 01/69 foi publicado o Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n.º 5.869/73) a qual não incluiu dentre seus procedimentos especiais o mandado de segurança, o qual portanto, continuava regulado por legislação especial.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXIX, manteve o mandado de segurança para proteção individual, com palavras um pouco diferentes das usadas no direito anterior, mas com o mesmo conteúdo.

Todavia, a nova constituição, trouxe inovações em seu inciso LXX ao criar o Mandado de Segurança Coletivo, que pode ser requerido por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Outra inovação importante foi a criação de Recurso Ordinário para o Supremo Tribunal Federal, contra mandado de segurança julgado em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

Também previu ser cabível Recurso Ordinário para o Superior Tribunal de Justiça quando em instância única pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

Assim, ainda em vigor a Constituição Federal de 1988 e com a necessidade de se atualizar a legislação especial que regia o Mandado de Segurança foi publicada em 2009 a Lei n.º 12.016/09 que trouxe inovações ao instituto, algumas já consagradas pela doutrina e jurisprudência.

Portanto, com a evolução dos anos, o instituto que visa proteger direito líquido e certo foi aprimorado.

2.2 Natureza Jurídica

Após anos de discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do Mandado de Segurança prepondera, atualmente, que o mandado de segurança é “ação”. A divergência se mostra imensa quando se trata de determinar a espécie de ação a que pertence o instituto.

Para Sebastião de Souza é ação constitutiva³, para Jorge Salomão é ação mandamental, Luis Eulálio de Bueno Vidigal afirma ser medida acautelatória⁴.

Embora haja discussões quanto a natureza da ação que se enquadraria o Mandado de Segurança, certo se faz que esse instituto é o remédio que cabe ao particular para anular as medidas de execução, possessórias ou acautelatórias, que a administração pode, sem intervenção judicial, efetivar.

Assim, qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista, etc), o mandado de segurança será processado e julgado no juízo competente, como ação civil.⁵

2.3 Liquidez e Certeza do Direito

O dilema nasce na necessidade de se extrair da Constituição Federal o conceito de direito líquido e certo. De primeiro plano, poderíamos com uma simples interpretação entender que se trata de algo palpável, plausível ao entendimento do magistrado.

³ SOUSA, Sebastião. Dos processos Especiais, Rio de Janeiro, p. 294

⁴ Ob. Cit. p. 40

⁵ Assim, já decidiu o STF: “Mandado de Segurança é ação civil, ainda que praticado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal. Aplica-se, em consequência, ao recurso extraordinário interposto da decisão que julga o prazo estabelecido no Código de Processo Civil” (RTJ 83/255).

O ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, ao discorrer sobre o tema nos ensina que o conceito deve ser extraído do problema factual. “Quer dizer, os fatos têm que ser incontrovertidos. Se os fatos forem incontrovertidos, o direito será sempre certo. Haverá, apenas, problema de subsunção dos fatos incontrovertidos ao Direito”.⁶

O direito líquido e certo aparece em duas fases distintas no mandado de segurança, primeiramente, como condição da ação. Posteriormente, como requisito de admissibilidade.

Dessa forma, ao analisar a inicial o juiz necessitará verificar a plausibilidade da existência do direito líquido e certo. Nessa oportunidade abrem-se duas possibilidades: após a vinda das informações pela autoridade coatora o magistrado pode entender que o direito do impetrante não é certo em virtude de não ter sido esposto todo o contexto factual ou comprovar que se trata de direito líquido e certo do impetrante.

Assim, no primeiro momento haverá plausibilidade da existência do direito líquido e certo, no segundo momento, de cognição do mandado de segurança, portanto-na hora da prolação da sentença é possível a ocorrência de ambos eventos.

2.4 A autoridade coatora

Ato coator é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade, entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal⁷.

A nova lei do Mandado de Segurança, em seu artigo 6º. §3º, traz a seguinte redação:

⁶ VELLOSO, Carlos Mário. Temas de Direito Público, p. 148.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª edição, editora Malheiros -2009 p.30/31.

“Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática”

Para entendermos, este conceito necessário se faz distinguir autoridade pública de agente pública. A primeira, na ordem hierárquica, detém poder de decisão ou seja: pode praticar atos administrativos decisórios, enquanto o segundo apenas pratica atos executórios apenas, pratica a ordem superior.

Dessa forma, para integrar o pólo passivo da mandado de segurança de acordo com a lei e doutrina vigente é necessário que a autoridade tenha poder decisório, ou seja, integrará o pólo passivo o superior hierárquico que praticou a ordem ou que ordenou que fosse praticada.

Por oportuno, vale lembrar, que para fins de mandado de segurança, contudo, consideram-se atos de autoridade não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas, como também os praticados por representantes ou órgãos de partidos políticos; administradores de entidades autárquicas, e, ainda, os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público.

Todavia, não é cabível, impetração contra atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviços públicos. Tampouco, pode ser passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares cuja atividade seja apenas autorizada pelo Poder Público, exemplo; instituições bancárias, de ensino, hospitais, salvo quando desempenham atividade delegada, em conformidade com a Súmula 510 do STF.

Assim, entendemos, que autoridade coatora é aquele que emanou o ato decisório ou que proferiu a ordem autorizando o agente público a praticá-lo.

2.5 DIREITO COMPARADO

2.5.1 Direito Francês

Na França, por herança da cultura de países ocidentais, a defesa do particular contra a Administração Pública é estruturada na dualidade da jurisdição, ou seja: a própria Administração possui órgãos que têm privilégios de dirimir as controvérsias em que ela mesma seja parte sem interferência do Poder Judiciário.

O entendimento do direito Francês se faz no sentido de que o Poder Judiciário não pode julgar as questões em que a Administração for parte, porque isso implicaria sujeição desta àquele, o que contraria o princípio da separação dos poderes.

A justificativa para essa conduta tem origem histórica, baseando-se na desconfiança com que os legisladores da Revolução encaravam o Judiciário, pois os Parlamentos, que tinham função judicial, haviam se mostrado hostis às conquistas populares e reprimiam os atos da Administração favoráveis às reivindicações. Por esse motivo, a Lei n.º 16 de 24 de agosto de 1790 proibiu aos juízes sob severas penas, o conhecimento das questões relativas a órgãos administrativos.⁸

O Conselho de Estado tinha, inicialmente, a função de estudar as reclamações apresentadas pelos particulares contra atos da Administração Pública, não lhe cabendo, todavia a tomada de decisão. Com a evolução dos anos, lentamente, operou-se uma transformação em virtude do Chefe de Estado sempre seguir o Parecer do Conselho. Finalmente, em 1872, passou a decisão do Conselho a ser definitiva e não, apenas, consultiva.

Nos dias atuais, os órgãos dessa Justiça Administrativa francesa são principalmente o Conselho de Estado e os Tribunais Administrativos, oriundos estes da transformação dos Conselhos de Prefeituras, operada pelo Decreto de 30.09.1953.

⁸ WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª Ed, Paris, 1953- PP. 44 e 45.

Assim, tanto o Conselho de Estado quanto os Tribunais Administrativos têm função consultivas e contenciosas, notando-se que aquele tem uma das suas cinco seções especialmente dedicadas aos julgamentos.

Nesse sistema jurídico para efetivar a defesa do indivíduo são utilizados dois recursos: o recurso por excesso de poder e o recurso da plena jurisdição, ambos de competência do Conselho do Estado.

O recurso por excesso de poder obedece aos seguintes princípios: não é cabível quando tenha havido lesão em direito subjetivo do recorrente, mas sim quando o ato ilegal haja prejudicado um simples interesse seu, o qual terá que ser direto e pessoal, econômico ou moral. No julgamento desse recurso o juiz se limita a anular o ato, não o substituiu por outro e nem pode proferir sentença condenatória⁹.

Já no recurso de plena jurisdição possui como pressuposto a violação de direito subjetivo, sua finalidade não é corrigir a ilegalidade, mas sim reparar o direito subjetivo lesado. A sentença nesse caso não se limita a anular o ato impugnado e pode condenar a Administração a pagar quantia em direito, os efeitos valerão apenas *inter partes*.

Assim, em primeiro momento, podemos pensar que o sistema francês entregando a própria Administração o julgamento de seus atos reduziria as garantias individuais, “ porém os resultados são elogiados pelos autores que examinam o assunto, pois a Justiça Administrativa tem se mostrado independente nos seus pronunciamentos, segura aplicadora dos difíceis princípios e regras do direito , além de mais ousada que a Justiça Comum nos caminhos que vem abrindo para melhor proteção dos indivíduos e da moralidade administrativa”.¹⁰

⁹ BARBI. Ob. Cit. p. 08

¹⁰ WALINE. Ob. Cit. PP. 47 e 48.

2.5.2 Direito Norte Americano

Nos Estados Unidos a defesa do particular contra a Administração Pública encontra respaldo no Poder Judiciário, possuindo meios variados e eficientes para garantir o direito individual.

Uma primeira forma é a utilização de ações civis, por perdas e danos, contra o funcionário que praticar o ato impugnado, fazendo-se a execução de seu patrimônio. Algumas vezes, o patrimônio particular do agente administrativo insuficiente para suprir o valor da condenação, daí a existência de “remédios judiciais extraordinários” que completam o sistema protetor do indivíduo.

Esses remédios extraordinários foram herdados do sistema inglês, na maioria criado pelo common Law, são os *writs* especialmente denominados: *injunction*, *mandamus*, *prohibition quo warranto* e *certiorari*.

O *mandamus* tem como objeto compelir o funcionário à prática de ato de seu ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário. Em caso contrário, a ordem pode ser dada, isto é, o funcionário deverá praticar o ato, porém respeitada sua liberdade de escolha dentro dos limites legais.¹¹

A *injunction* é um *writ* oriundo da equidade, que tem como escopo proibir ato cujo o resultado causaria dano irreparável a direito do autor. São classificados em ex parte *restraining orders*, *temporary* ou *interlocutory* e *permanent*.

O denominado *writ of prohibition* raramente é utilizado para controle de ato de órgão da Administração Pública. Seu aproveitamento normal é para impedir que Cortes inferiores julguem sem jurisdição. É expedido aos tribunais inferiores e ao demandante, para que não prossigam no feito.¹²

¹¹ WHITE, Leonard.. Introduction to the Study of Public Administration, 3ª ed., New York, p. 579 apud BARBI ob. Cit. p. 20

¹² SWENSON, Federal Administrative Law, New York, 1952, p. 215 apud BARBI, Ob. Cit. p. 20

O *quo warranto* é geralmente pedido em favor de um povo, para defendê-lo contra a usurpação ilegal de cargos ou privilégios. A iniciativa, portanto, cabe comumente ao procurador ou membro do Ministério Público, e o resultado não é adjudicar a alguém o direito à nomeação, mas apenas definir a legalidade ou não do título do ocupante do cargo.

O *writ of certiorari* é muito usado na justiça estadual para rever atos da Administração de natureza *quase judicial*, principalmente das Public Utility Commissions, Civil Service Commissions, etc. Seu objetivo não é proibir, mas sim anular decisões de autoridades inferiores.

Segundo o Regimento da Suprema Corte Americana, esses remédios extraordinários devem ter o seu pedido precedido de licença para apresentação. Tanto o pedido de licença como a petição do *writ* devem ser comunicados ao juiz cujo ato se recorre. Será também notificada a outra parte do processo com relação ao qual se deseja o remédio.¹³

¹³ Regimento da Suprema Corte Americana, art. 31, itens I e III.

CAPÍTULO III – LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 – Medida Liminar em Mandado de Segurança

A palavra liminar tem sua origem no latim, vem de *liminaris*, de *limen* que significa entrada, porta indicando tudo o que é começo¹⁴.

Assim, podemos entender que Medida Liminar é o provimento judicial externado no começo do processo, podendo existir ou não a oitiva da parte contrária para a obtenção desta.

Os requisitos para o deferimento da medida liminar em mandado de segurança são os mesmos pressupostos exigidos para o deferimento das medidas cautelares em geral, quais sejam: a aparência do bom direito e o perigo da demora.

Em mandado de segurança as medidas liminares têm seu regramento próprio (Lei 12.016/09), na ausência ou omissão deste aplicar-se-á subsidiariamente o Código de Processo Civil.

3.2 A Tutela Antecipatória e a Liminar em Mandado de Segurança

A Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV nos trouxe a expressão “ameaça de lesão” podendo está ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que com cautela deverá examinar se estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois o texto constitucional nos traz a possibilidade acautelatória, quer seja por meio de ação cautelar quer seja por meio da liminar em Mandado de Segurança.

A tutela antecipada se assemelha em alguns aspectos à liminar em Mandado de Segurança uma vez que ambas constituem uma antecipação da prestação final requerida, não sendo necessária a satisfatividade para se negar a liminar.¹⁵

¹⁴ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol.III, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 91.

¹⁵ VALLE FIGUEIREDO. Lúcia. Mandado de Segurança, 6ª edição, editora Malheiros, 2009, pág. 124 “Aliás, não há que se falar em satisfatividade jurídica. Na verdade, a situação de direito é sempre

A tutela antecipatória se distingue da medida liminar no sentido que por meio dela se antecipa o provimento final sem que, com isso a composição da lide seja interrompida.

O artigo 273 do Código de Processo Civil nos traz os pressupostos da antecipação da Tutela senão vejamos:

“ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar de forma, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
ou

II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588,461, §§4º e 5º e 461-A.

§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo em decisão fundamentada.

§5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final julgamento.

§6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

reversível. Pode ser de fato. Mas se denegado o mandado de segurança, volta-se ao estado anterior. No tocante à Tutela antecipada, v, notável trabalho de José Manoel de Arruda Alvim, Da Tutela Antecipatória, em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo. Do autor a seguinte passagem: “ No que atina com hipótese do artigo 273, I, resta inequivocamente presente, em nosso sistema, a possibilidade de antecipar-se a tutela, por razão ou motivo de ordem cautelar, levada a cautelaridade às últimas consequências, mas necessárias, na medida em que, se assim não fosse, a pretensão do autor pereceria. A *ratio* do art. 273, I, pode, sucintamente, expressar-se à luz do seguinte dilema: ou se antecipa a proteção à pretensão mesma (total ou parcialmente, na medida do que se tem por imprescindível à sobrevivência da pretensão), ou essa pretensão perece”.

§7º . Se o autor, a título de antecipação de tutela requerer providências de natureza cautelar , poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Dessa forma, deverá o magistrado com base nas provas acostadas aos autos no momento da concessão da tutela estar convencido de que o autor tem razão e a procrastinação da demanda poderia por em risco o bem da vida pretendido.

Assim, como podemos perceber a antecipação da tutela e a medida liminar em muito se assemelham quanto ao seu resultado embora haja diferenças formais entre elas.

3.3 Concessão da Liminar

A concessão da medida liminar estará condicionada à situação colocada ao magistrado estando presentes os pressupostos de admissibilidade supracitados e sua inocuidade se concedida a ordem final, não há alternativa ao magistrado senão a de concedê-la.

Esclareça que a irreparabilidade do dano se concedida ao final a segurança há de ser pertinente à irreparabilidade do bem jurídico buscado.

Portanto, para a concessão da medida liminar relevante será o fundamento possível dentro do ordenamento jurídico bem como seus pressupostos de admissibilidade analisados.

3.3.1 Fundamento Relevante

Na Constituição e nas leis encontramos fundamento relevante e quando nos deparamos com uma inconstitucionalidade ou uma ilegalidade não há dúvida de que o fundamento jurídico para impetração do *mandamus* está presente, porém definir taxativamente o que seria relevante fundamento para fins de impetração de mandado de

segurança se mostra uma tarefa árdua, assim, busca-se apoio na doutrina e jurisprudência.

Os precedentes jurisprudenciais principalmente os externados pelos Tribunais Superiores, constituem fundamento relevante, também a doutrina autorizada reconhecida pelos cientistas do direito constitui fundamento relevante. Isto, porem, não quer dizer que dizer que somente se possa considerar relevante o fundamento do pedido que esteja escorado na jurisprudência ou na doutrina.¹⁶

Esclareça-se, que argumentos ainda não levados à análise do Poder Judiciário mas que eventualmente possam ensejar a impetração de mandado de segurança desde que relevantes seus fundamentos e preenchidos os pressupostos, podem obter o deferimento da medida liminar.

No âmbito do direito tributário a situação acima descrita é muito comum uma vez que em virtude de leis novas ainda não apreciadas pelo Judiciário e doutrina, não há como exigir que tenha havido pronunciamento judicial anterior.

Em caso de impetração fundamentada em norma jurídica explicitamente violada por ato impugnado, certamente este *mandamus* está fundado em relevante fundamento, porém, se a violação não é flagrante, e não existem manifestações doutrinárias ou jurisprudenciais a respeito, somente o exame de cada caso permitirá que se diga o fundamento do pedido relevante.

No mandado de segurança podemos dizer que o relevante fundamento equivale à aparência do bom direito. Assim, deverá o magistrado julgar se o relevante fundamento sustentado pelo impetrante é ou não primordial para a obtenção da medida liminar pleiteada.

¹⁶ MACHADO. Hugo de Brito. Mandado de Segurança em Matéria Tributária. 8ª edição. Ed .Dialética, pág. 136.

3.3.2 Liminar e presunção de constitucionalidade das leis

Em nosso ordenamento jurídico atual podemos encontrar decisões que determinam não ser cabível o deferimento de liminar quando a segurança é impetrada com fundamento na arguição de inconstitucionalidade de lei.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal decidiu¹⁷:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO LIMINAR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 8,9,10 E 11 DA LEI 9069, DE 29.06.95, DECORRENTE DE MEDIDA PROVISÓRIA 542, DE 30.06.94 QUE INSTITUIU O PLANO REAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DO PEDIDO QUE, NO ENTANTO, NÃO TEM A INTENSIDADE QUE SE FAZ MISTER PARA A CONCESSÃO DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL QUE É A LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DO “PERICULUM IN MORA” OU DO REQUISITO DA CONVENIENCIA. REFERENDA-SE O DESPACHO QUE INDEFERIU A LIMINAR.

Assim, a liminar não seria admissível em face da presunção de constitucionalidade das leis que seria impeditiva da configuração da fumaça do bom direito, ou mais precisamente, aquela presunção seria um obstáculo à configuração da relevância dos fundamentos de impetração, restando assim afastado um dos requisitos legais ao deferimento da liminar.

¹⁷ STFADI 1312 – Tribunal do Peln. Relator Moreira Alves. Julgado em 18.10.1995.

Ocorre que, dizer que a presunção de constitucionalidade das leis é impeditivo para o deferimento de medida liminar em mandado de segurança é o mesmo que impedir que impetrante busque seu direito líquido e certo uma vez que este restará inútil toda a vez que da inconstitucionalidade puder resultar dano irreparável para o impetrante.

Consigno, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tem deferido medidas liminares em ações diretas de inconstitucionalidade, o que vai de encontro ao argumento insustentável de presunção de constitucionalidade das leis.

CAPÍTULO IV – A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

4.1 O Direito à Compensação

O Código Tributário Nacional em seu artigo 170 nos traz a seguinte redação: “ a lei pode nas condições e sob as garantias que a estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública”.

A lei pode autorizar a compensação de créditos tributários com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo da Fazenda Pública. Assim, de um lado temos um crédito tributário que é por natureza líquido e certo, posto que constituído pelo lançamento e, de outro lado, um crédito que o sujeito passivo tem junto a um devedor qualquer, podendo ser um terceiro ou a própria Fazenda Pública, obrigando, dessa forma, o titular deste crédito à comprovar sua titularidade, assim como a liquidez do crédito.

A Lei n.º 8.383/91 nos traz outra figura de compensação, autorizando apenas a compensação de créditos do contribuinte contra a Fazenda Pública decorrentes de pagamento indevido de tributos, com tributos da mesma espécie, relativo a períodos subsequentes.

No caso da lei supramencionada estamos diante de duas situações: a) um crédito futuro, e não um crédito tributário já constituído e, b) um crédito que o sujeito passivo possui junto à Fazenda Pública, em decorrência de um pagamento indevido de tributo.

Como podemos perceber essa lei não exige que se trate de crédito líquido e certo, posto que, limita o direito à compensação aos valores concernentes a tributo pago indevidamente.

Dessa forma, podemos concluir que a compensação trazida pelo artigo 170 do Código Tributário Nacional pressupõe a existência de crédito tributário decorrente do

lançamento, enquanto que a compensação prevista no artigo 66 da Lei 8.383/91 pressupõe a existência de tributo futuro, cujo lançamento ainda não foi efetuado e cujo o fato gerador pode ou não ter ocorrido.

4.2 Compensação e Medida Liminar em Mandado de Segurança

A Administração Pública por atos normativos infralegais colocou algumas restrições no que concerne ao direito de compensar, mesmo a lei atribuindo ao contribuinte o direito de fazer a compensação independente de qualquer procedimento judicial.

O brilhante Professor Hugo de Brito Machado¹⁸ nos ensina: “ Se o contribuinte está diante de uma situação em que incidem tais restrições, terá justo receio de vir a ter não homologado o lançamento que venha a fazer, efetuando a questionada compensação e além disto, em certos casos a Administração questiona o entendimento do contribuinte sobre o haver sido indevido o pagamento do tributo que este pretende compensar”.

Assim, a Administração Pública constatando o não recolhimento do tributo em decorrência da compensação feita pelo contribuinte, a autoridade passa a considerar a inadimplência do contribuinte recusando –se a fornecer certidão negativa de débito entre outras sanções.

Nesses casos cabível se faz a impetração de mandado do segurança posto que se trata de questão exclusivamente de direito para obtenção da declaração de direito à compensação tributária.

O Superior Tribunal de Justiça em virtude de reiteradas decisões acerca da matéria sumulou este entendimento:

¹⁸ Ob. Cit. pág. 295

SÚMULA 213: “O Mandado de Segurança constitui matéria adequada para a declaração do direito à compensação tributária”.

No que concerne ao pedido liminar em compensação tributária também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça editando a seguinte súmula:

SÚMULA 212: “ As compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”.

Como sabido a lei exige pressupostos para o deferimento de medida liminar, podendo em determinada matéria ser cabível a impetração de mandado de segurança.

Embora ao primeiro momento possa parecer existir contradição entre as súmulas do STJ mencionadas, entendo não haver, devendo o magistrado em caso de compensação tributária desconsiderar os pressupostos para deferimento de medida liminar.

No mesmo sentido o ilustre doutrinador Ives Gandra da Silva Martins não vislumbra contradição entre as referidas súmulas, asseverando que “ só a sentença pode declarar a existência de relação jurídica que autoriza a compensação ou a procedência do exercício desse direito. A medida cautelar não pode fazê-lo, autorizando a compensação”. Entretanto, também sustenta que “ o juiz, no exercício de seu poder cautelar, que tem fundamento constitucional no art. 5º, inciso XXXV, determinar à autoridade fiscal que se abstenha de impor medidas coercitivas ou de exigir o débito tributário ao qual o autor pretenda opor seu crédito, até a sentença de mérito, assegurando a utilidade do processo principal”¹⁹

¹⁹ Ives Grandra da Silva Martins, Repetição de Indébito, Repetição de Indébito e Compensação no Direito Tributário, Dialética, pág. 184

Não há que se falar em diferença para o deferimento de medida liminar em mandado de segurança contra ato de abusivo da autoridade fiscal e o não cabimento para compensação de crédito tributário. Estamos diante de situações jurídicas análogas com tratamento divergente em virtude do teor da redação da súmula 212 do STJ.

Acredito que o teor da súmula 212 ao impedir o deferimento liminar veda o direito do contribuinte, mesmo que este preencha os pressupostos para o deferimento liminar, impedindo que o magistrado analise o caso concreto.

CAPÍTULO V- A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

5.1. Garantia Constitucional

Nossa Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso XXXV, a seguinte redação: “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou grave ameaça a direito”, colocando de forma ampla a busca pela posicionamento judicial.

Sobre o assunto o ilustre doutrinador Hugo de Brito Machado assim escreveu²⁰:

“Ao dizer que a lei não pode excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito, a Constituição Federal está proibindo a edição de lei que exclua, quer diretamente quer indiretamente, a apreciação judicial de pretensões à proteção contra lesões e contra ameaças a direitos. A adequada interpretação do preceito constitucional, que impede se faça dele letra morta, não pode ser outra. O dispositivo constitucional há de ser interpretado de modo que não reste amesquinhado seu conteúdo. A não ser assim não estará assegurada a máxima efetividade à norma da Constituição.

Segundo a moderna doutrina do Direito Constitucional as normas de uma Constituição as normas de uma Constituição devem ser interpretadas com observância de alguns princípios, entre os quais se destaca o da máxima efetividade”.

A garantia de acesso ao Judiciário é direito fundamental expresso em nossa Carta Magna, desse modo, se faz dever do Estado assegurar o acesso ao Poder Judiciário para evitar perecimento de direito, sem a possibilidade de editar exceções infraconstitucionais.

Desnecessário discorrer sobre a supremacia da norma constitucional frente à leis ordinária ou complementar.

²⁰ Hugo de Brito Machado. Comentários ao Código Tributário Nacional, 2ª edição, Atlas. São Paulo, 2009 , volume III, p.431.

A Constituição goza de supremacia sobre todos os demais atos normativos integrantes do nosso ordenamento jurídico, como dito e suas regras prevalecem sobre todas as demais além de orientar a sua interpretação.

Nesse sentido nos ensina Octávio Campos Fischer²¹:

“Desta forma, notamos que a magnitude do *due process of law* ou *law of land* impede que se possa utilizar o termo “*law*” apenas para significar leis infraconstitucionais. Especialmente em nosso atual ordenamento, influenciado que está pelos movimentos constitucionais modernos e, mais recentemente, ainda que de forma difusa, pelo chamado neoconstitucionalismo. Daí o motivo que nos leva a sustentar a necessidade de adaptar a expressão *due process of law* à realidade jurídica brasileira e, assim, propor como tradução mais adequada a locução devido processo constitucional, que, em nosso entender, reflete de forma mais apropriada o conteúdo e o *thelos* do princípio em destaque.

(...)

Esta observação precisa ser complementada pela idéia anteriormente desenvolvida de que **para ser um devido processo deve ser um processo legal em sentido amplo, no sentido de ser estatuído através de lei e de acordo com todos os valores estatuídos pela Constituição: a rigor, um devido processo constitucional**. Não estamos dizendo que sempre será “necessária a preexistência, legal e positiva, de determinado processo para que as pessoas interessadas possam pleitear a defesa de seus direitos frente à Administração”, porquanto “Não será pela ausência de dispositivo legal concreto,

²¹ “Recurso hierárquico e devido processo constitucional: o processo administrativo tributário não pertence à administração pública!”, In: Revista Dialética de Direito Tributário, Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., São Paulo, Junho/2007, vol. 141, p. 129, 131-2.

específico ao exercício ou defesa de algum direito, que se negará conhecimento ao pleito do administrado”.

(...)

Em nosso entender, portanto, **só se pode falar em devido processo constitucional se o processo for estabelecido por lei e não pela Administração Pública. Mas, também, não por qualquer lei, mas por uma que esteja de acordo com a Constituição (formal e materialmente).**”

= grifos nossos =

Desse modo, deve o Estado buscar garantir a Constituição assegurando o acesso ao Judiciário para sanar lesão ou ameaça a direito não colocando qualquer óbice para a obtenção do posicionamento judicial.

5.2 Direito ao Crédito e Direito de Compensar

Como já mencionado no capítulo quatro existem duas formas distintas de se pleitear a compensação tributária, quais sejam: i) na primeira, o que se questiona é o direito do contribuinte de extinguir um crédito tributário, mediante compensação, utilizando um crédito seu contra a Fazenda Pública decorrente de um pagamento de tributo que se considera indevido e sobre o qual está questionado em juízo e ii) na segunda o que se questiona é somente o direito do contribuinte de extinguir um crédito tributário mediante compensação, utilizando um crédito seu contra a Fazenda Pública que se opõe à compensação sem negar a existência do crédito, já reconhecido na via administrativa ou judicial.

Vejamos o que prevê o artigo 170-A do Código Tributário Nacional:

“Art. 170 –A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial ”.

Entendemos pelo provimento jurisdicional em sede liminar quando se esteja a discutir na ação somente o direito à compensação. Dessa forma, a norma prevista no artigo 170-A só abrangeria as situações em que exista litígio sobre a existência ou não de crédito contra a Fazenda Pública.

O ilustre doutrinador Hugo de Brito Machado em obra já mencionada às fls. 128 assim assevera:

“ Questão de maior importância reside em saber se o art. 170-A do CTN , ao dizer que é vedada a compensação antes do trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito do contribuinte, proíbe o deferimento de provimento cautelar ou antecipatório, para garantir desde logo o direito de compensar.

Resposta afirmativa a essa questão não se pode admitir sem menosprezo à garantia constitucional de jurisdição posto que, nos casos em que os provimentos cautelares ou antecipatórios são cabíveis, sua denegação implica denegação da própria jurisdição, que para ser efetiva há de ser útil e não apenas formal. A melhor interpretação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, inclusive porque o coloca de acordo com a Constituição, é aquela segundo a qual dita norma não exclui a possibilidade de provimentos cautelares ou antecipatórios”.

Mostra-se evidente que a intenção do legislador era que essa norma fosse aplicada quando houver disputa judicial acerca do aproveitamento do crédito que o contribuinte entende haver em seu favor, ou seja: é a disputa em torno do direito ao crédito contra a Fazenda Pública.

Existindo ação que discuta o direito ao crédito contra a Fazenda Pública que o contribuinte queira utilizar para extinguir um credito tributário por meio de

compensação, acreditamos ser plausível a aplicação do artigo 170 –A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, já existindo decisão administrativa ou judicial que reconheça o crédito do contribuinte não há porque ser criado nenhum óbice para o deferimento liminar, em virtude do reconhecimento do direito de crédito.

Em nossa segunda hipótese, ressalta-se, o que se argumenta é apenas o direito do contribuinte de extinguir um crédito tributário, mediante compensação, utilizando um crédito seu contra a Fazenda Pública que se opõe à compensação sem negar a existência do crédito reconhecida seja administrativa ou judicial.

Neste caso, entendemos, em virtude do reconhecimento do crédito, que estamos diante de um direito líquido e certo do contribuinte razão pela qual pode este obter a liminar para compensação.

Podemos citar exemplo de um contribuinte que impetra mandado de segurança contra o indeferimento de autoridade administrativa do seu direito à compensação, neste *mandamus* o que se irá discutir não é o direito ao crédito mas, sim, seu direito à compensação, já determinado seja administrativamente ou judicialmente.

A inconsistência está no fato de a Fazenda Pública admitir ser devedora do contribuinte, entretanto pretende impedir a extinção de um crédito tributário mediante compensação.

Assim, no caso supra, estaríamos diante de uma relação obrigacional decorrente da relação jurídica estabelecida entre o contribuinte e a Fazenda Pública.

5.3 Fundamento Constitucional ao Direito de Compensar

Como já discorrido no presente trabalho há pelos menos três normas que vedam o deferimento de medida liminar para compensação de crédito tributário, quais sejam:

Art. 7º ,§2º da Lei 12.016/2009, o artigo 170 –A do Código Tributário Nacional e a Súmula n.º 212 do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos o entendimento da matéria na visão jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PASEP. COMPENSAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A DO CTN. SÚMULA 212/STJ.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que a regra contida no art.170-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar 104/2001, que veda a compensação de créditos tributários antes do trânsito em julgado da ação, aplica-se às demandas ajuizadas depois de 10/1/2001.

2. A suspensão de pagamento de tributos, até o limite dos créditos que o contribuinte alega possuir, mediante a concessão de antecipação de tutela, configura, na verdade, uma forma de compensação oblíqua. Isso porque a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, vencido ou vincendo, em razão da existência de supostos créditos relativos ao PASEP, traz como consequência os efeitos práticos da compensação.

3. Impossibilidade de reconhecimento do direito de compensar créditos tributários por meio de medida liminar, em razão de esse provimento não possuir a característica de definitividade, conforme o disposto na Súmula 212/STJ: "A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar."

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1046473/PE, Relator Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 02.09.2008 e publicado em 12.02.2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 212/STJ. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INOVAÇÃO VEDADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Quando o agravante não conseguir infirmar os fundamentos da decisão agravada, essa deve ser mantida.
 2. “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar” (Súmula 212/STJ)
 3. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental.
 4. Agravo regimental desprovido.
- (AgRg no Ag 816480/SP , Relatora Denise Arruda, 1ª Turma, j. 20.03.2007 e publicado em 26.04.2007)

Embora como pudemos perceber nossos tribunais se além as normas infraconstitucionais, acreditamos estar o direito à compensação albergado em nossa Carta Magna uma vez que em seu artigo 3º, inciso I, traz como objetivo a construção de uma sociedade justa e solidária além de atrelar a Administração Pública ao princípio da moralidade.

Aliás, o direito somente será justo se tiver fundamento moral. E só terá fundamento moral, se for justo. Moral e justiça são ideais inseparáveis, com implicações recíprocas. Sem elas o ordenamento é jurídico é inútil, até porque sua eficácia restará de tal forma compreendida que, ao menos nas relações entre o indivíduo e o Estado sobrarão espaços imensos para o arbítrio²².

O princípio da moralidade cumulado com os ideais constitucionais repudiam a idéia de um Estado autoritário no qual suas normas privilegiam unilateralmente seus cofres. O Estado, nos dias atuais, há de ser um Estado democrático que busque primordialmente o cumprimento dos deveres constitucionais.

Por esse ponto de vista não podemos dizer que a Administração Pública deve se apegar as leis em virtude do princípio da legalidade, restringindo os direitos dos cidadãos, porque se assim o fosse estaríamos diante de um Estado de clara inspiração arbitrária.

²² Hugo de Brito Machado. Ob. Cit. pág. 131.

Vejamos um exemplo para elucidar o texto acima, imaginemos que fosse criada uma lei que extinguisse as dívidas da Fazenda Pública, imaginemos ainda que esta lei fosse aprovada e entrasse em vigor. Embora, essa lei esteja em consonância ao princípio da legalidade ela está afrontando expressamente os dizeres constitucionais.

Dessa forma, podemos traçar um paralelo da situação supra com a vedação do deferimento de medida liminar para compensação de crédito tributário, estamos diante de uma restrição que não possui amparo constitucional.

Com a costumeira razão a Professora Cleide Previtalli Cais²³ faz um paralelo entre o direito de propriedade e o direito a compensação:

“O princípio de proteção ao direito de propriedade tem larga aplicação nas normas relativas ao exercício do direito de compensação de créditos tributários, visando evitar a colocação de empecilhos ao seu exercício, e, com isso, afastando a ocorrência de confisco e de enriquecimento sem causa por parte da Administração”.

Restrições ao direito de compensar demonstram o caráter confiscatório de seu crédito perante a Fazenda Pública, o que não pode ser admitido.

Outro princípio constitucional que está sendo “esquecido” quando se prevê a vedação de medida liminar para compensação de crédito tributário é o princípio da isonomia, que consubstancia no fato de que em uma relação obrigacional o crédito de um dos sujeitos da relação jurídica não pode ser privilegiado em relação ao crédito do outro sujeito.

Resta claro, que o crédito que a Fazenda possui não é carecedor de maior proteção do que o crédito que esta possui em relação ao contribuinte. São situações idênticas que merecem o mesmo amparo legal.

²³ Cleide Previtalli Cais, O Processo Tributário, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 438.

Cediço em nosso ordenamento que a Fazenda Pública quando tem de fazer algum pagamento, e aquele a quem vai pagar é seu devedor, efetua a compensação correspondente e paga somente o saldo. Dessa forma, fica evidente o direito do devedor em compensar em virtude do princípio da isonomia.

Dessa forma, as restrições ao direito de compensar estão em desacordo com nossa Constitucional razão pela qual são inconstitucionais estão incompatíveis com a idéia de Estado de Direito Democrático. .

Consignamos, por fim, a garantia a jurisdição prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal o qual prevê que o dever de prestar jurisdição independe de um prévio exame da existência do direito que se diz lesionado ou ameaçado, e abrange as medidas de urgência necessárias à sua efetivação.

VI – CONCLUSÃO

Tendo em vista as considerações tecidas ao longo deste trabalho, podemos concluir que as normas prevista nos artigos 7,§2º, 14,§ 3º da Lei n.º 12.016/2009, no artigo 170 – A do Código Tributário Nacional bem como a súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça estão em desacordo com a Constituição Federal, sendo portanto, inconstitucionais.

A expressa vedação ao deferimento de medida liminar em Mandado de Segurança para a compensação de crédito tributário fere os princípios constitucionais da moralidade e da isonomia razão pela qual não deve ser admitida.

Consoante ao forte posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade e legalidade do deferimento liminar em compensação tributária, ousamos discordar pelas razões já esposadas em virtude de se acreditar na supremacia constitucional frente às limitações infraconstitucionais ao direito dos cidadãos.

Não há justificativa plausível para vedação de deferimento da medida liminar em matéria de compensação quando o magistrado ao analisar o caso concreto verificar estar presente os pressupostos para seu deferimento.

Como se vê a lei proíbe a prestação jurisdicional efetiva e útil ao contribuinte embora este tenha tido lesionado seu direito à compensação, uma vez que a vedação é ampla impedindo a concessão liminar até para os casos em que o direito de compensar já tenha sido devidamente questionado.

Não obstante, a Lei n. 12.016/2009 prevê que não será concedida medida liminar que tenha por objeto, entre outros, a compensação de crédito tributário, estabelece também que a sentença concessiva da segurança poderá ser executada provisoriamente salvo nos casos em que for vedada a concessão de medida liminar, além de estender suas vedações a tutela antecipada a que se referem os artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil.

Dessa feita, tentamos demonstrar neste breve estudo a flagrante inconstitucionalidade contida nas normas que trazem a vedação de medida liminar para a compensação de crédito tributário de modo que tal restrição afronta nossa Constituição, o que não se pode admitir em um Estado de direito democrático.

VII- BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. “ *Do Mandado de Segurança*”, 10ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. “*A nova lei do Mandado de Segurança*”, 1ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

CAIS, Cleide Previtalli. “*O Processo Tributário*”, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 438

CARVALHO, Paulo de Barros. “*Direito Tributário Linguagem e Método*”, 2ª ed., São Paulo, Noeses, 2009.

_____ “*Curso de Direito Tributário*”, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA, “*Vocabulário Jurídico*” ,Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, vol. III.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. “*Mandado de Segurança*”, 6ª edição, editora Malheiros, Rio de Janeiro, 2009.

FUX, Luiz. “*Mandado de Segurança*”, 1ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010.

MACHADO. Hugo de Brito. “*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*” ,8ª edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2009.

_____”*Comentários ao Código Tributário Nacional*”, 2ª edição, Atlas. São Paulo, 2009 , volume III.

MARTINS, Ives Granda da Silva. “ *Repetição de Indébito e Compensação no Direito Tributário*”, 2ª edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª edição, editora Malheiros, São Paulo, 2009.

SOUSA, Sebastião. “*Dos processos Especiais*” Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001.

WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª Ed, Paris, 1953.

PERÍODICOS

Revista Dialética de Direito Tributário, “Recurso hierárquico e devido processo constitucional: o processo administrativo tributário não pertence à administração pública!”, In: Revista Dialética de Direito Tributário, Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., São Paulo, Junho/2007, vol. 141.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em 5 de março de 2011.

Estados Unidos da América. Regimento da Suprema Corte Americana. Acesso em 07 de março de 2011.