



## ***A Relação de Causa-Efeito entre os Limites do Pedido e a Extensão do Âmbito Probatório no Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária***

Alexandre Macedo Tavares

O mandado de segurança está intrinsecamente ligado à idéia de Estado de Direito. Esta afirmativa encontra-se pautada no fato inequívoco de que, num Estado de Direito, a atividade do Poder Público encontra-se delimitada pelas fronteiras da legalidade.

O mandado de segurança foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Constituição Federal de 1934, surgindo como sucessor e substituto da ação sumária especial e sob a tríplice influência da doutrina brasileira do *habeas corpus*, da teoria da posse dos direitos pessoais e de certos institutos existentes no direito estrangeiro, como o *amparo* mexicano.

Tal garantia foi mantida pela atual Carta Política de 1988, sendo encontrada no Capítulo I, do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, especificamente esculpida no inciso LXIX do seu art. 5º, nos seguintes moldes:

“Art. 5º - (...)

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Esse remédio jurídico constitucional, sabemos todos, pode ser impetrado tanto repressivamente quanto preventivamente. O mandado de segurança preventivo, diversamente do mandado de segurança repressivo consagrado pelo art. 5º, LXIX, da *Lex Fundamentalis*, não encontra disciplinamento constitucional explícito.

É o art. 1º da Lei nº 1.533/51 que literalmente dispõe sobre a possibilidade da impetração preventiva de um *mandamus* sempre que “*houver justo receito*” da perpetração de atos ilegais e abusivos por parte de autoridade, seja de que categoria for ou quais forem as funções que exerça.

A falta de previsão constitucional explícita, todavia, não significa que o mandado de segurança preventivo encontra-se despido de fundamento de validade na Magna Carta de 1988, haja vista que o art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88, que garante o amplo acesso ao Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão, permite conferir ao mandado de segurança preventivo dignidade constitucional.

Logo, dúvidas nem receio devemos ter em afirmar que o mandado de segurança preventivo tem assento constitucional implícito, à luz da imprescindível interpretação lógico-sistemática de nossa Lei Maior.

É exatamente nesse contexto que cresce de importância a utilização dessa garantia constitucional, pois, na seara tributária, duas são as modalidades de *writs* fartamente utilizados: (1) o ***mandado de segurança contra a obrigação tributária*** (criado pela praxe pretoriana), de típica e preventiva aplicabilidade aos casos dos

tributos *autoliquidáveis*<sup>1</sup>, e; (2) o **mandado de segurança contra o crédito tributário**, naturalmente de índole repressiva, à medida que pressupõe lançamento consumado.

Como já tivemos a oportunidade de deixar registrado: “(...) o mandado de segurança que versa sobre a obrigação tributária distingue-se daquele que versa sobre o crédito tributário, notadamente pelo fato de ser uma espécie preventiva, já que a impetração se antecipa ao próprio lançamento fiscal. Nele, não há ato a suspender (Lei nº 1.533/51, art. 7º. II). A sentença cumpre função meramente declaratória.”<sup>2</sup>

Sem embargo, em sua modalidade preventiva, à míngua de ato administrativo específico, o *writ* funciona como sucedâneo de ação declaratória, estando sujeito à vedação do *bis in idem* (litispendência/coisa julgada).

Trata-se, é oportuno voltar a ressaltar, de uma impetração ontologicamente distinta da impetração repressiva. Esta, volta-se contra o crédito tributário, isto é, pressupõe lançamento consumado pela autoridade administrativa competente; aquela, por sua natureza *sui generis*, versa sobre a obrigação tributária nascida em função da completa e rigorosa subsunção do fato à norma (ou, em termos mais técnicos, em face da completa subsunção do conceito do fato ao conceito da norma, como ensina Karl Engisch), de típica aplicabilidade aos casos envolvendo tributos autoliquidáveis (lançados por homologação).

Eis que, relativamente ao mandado de segurança preventivo, exsurge uma relação de causa-efeito entre os limites do pedido (limites do direito tido como violado ou ameaçado pela autoridade coatora) e a extensão do âmbito probatório a cargo do contribuinte-impetrante, fazendo surgir, segundo jurisprudência dominante do STJ (Recurso Especial nº 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki), duas situações absolutamente distintas: **a primeira**, em que a impetração se limita a obter um provimento jurisdicional simplesmente declaratório do direito à compensação de determinado indébito tributário, fruto de uma negativa de uma autoridade fazendária acerca da compensabilidade, não se imiscuindo, pois, a fazer qualquer juízo de valor sobre os elementos concretos da própria compensação; **a segunda**, diz respeito aos casos em que a declaração de compensação vincula-se (i) a pedido de juízo específico sobre elementos intrínsecos à compensação, tais como, reconhecimento incidental do indébito tributário que servirá de base para o procedimento compensatório, delimitação dos índices de juros e correção monetária aplicáveis aos créditos compensação, delimitação da metodologia de valoração dos créditos compensáveis, não extinção dos créditos compensáveis pela prescrição e etc, ou (ii) a pedido de outra medida executiva que decorra diretamente dos efeitos da compensação realizada, tais como direito à obtenção de certidões negativas, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação e outros.

Na primeira situação, que guarda ressonância com os ditames da Súmula nº 213 do STJ (“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”), a jurisprudência do STJ não tem exigido do

<sup>1</sup> O termo “tributo autoliquidável”, como adotado na Espanha, representa o mesmo que se convencionou chamar, no Brasil, de “tributos lançados por homologação” [CTN, art. 150, *caput*].

<sup>2</sup> TAVARES, Alexandre Macedo. “A Ressarcibilidade Pecuniária do Prejuízo e a Liminar em Mandado de Segurança Preventivo em Matéria Tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 98, São Paulo, 2003, p. 15.



impetrante que traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação da compensação (v.g., quantificação do crédito compensável), vez que a impetração não se vincula a pedido relacionado a juízo específico a esse respeito.

Todavia, no que toca a segunda hipótese, em que a concessão da ordem pleiteada guarda relação direta e imediata a pedido envolvendo juízo específico sobre elementos concretos da operação de compensação pretendida (v.g., sobre as parcelas dos créditos compensáveis ou sobre os efeitos da sentença declaratória de tal direito), o reconhecimento da liquidez e certeza do direito suscitado fica condicionado à comprovação dos elementos concretos da compensação realizada ou que o impetrante pretende realizar.

Logo, se o mandado de segurança não se limitar à simples declaração do direito à compensação de um indébito tributário federal autoliquidável, enquadrável, portanto, no enunciado da Súmula nº 213/STJ (operacionalizado nos moldes da sistemática veiculada pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96), mas, ao revés, vincular-se, por exemplo, a pedidos específicos que supõem a efetiva realização da compensação, tais como “a suspensão da exigibilidade de créditos de determinadas exações no limite dos valores dos débitos tributários incorridos pela impetrante”, bem como o “fornecimento de certidões negativas, em face da compensação efetivada”, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito na amplitude e para os fins pleiteados, segundo sedimentada orientação do STJ (AgRg no REsp. 469.786/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins; AgRg no Agravo de Instrumento nº 821.244/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz fux; AgRg no REsp. nº 903.020/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão; REsp. nº 511.641/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha; AgRg no REsp. 861.561/SP, 2ª Turma, Rel. Mn. Castro Meira; EREsp. nº 903.367/SP, 1ª Seção, Min. Denise Arruda), indispensavelmente demandarão a juntada aos autos da prova do recolhimento do tributo indevido.