

# **IX Congresso Nacional de Estudos Tributários**

**IBET:** há 40 anos ensinando a convencer com a autoridade do argumento

**Presidente do Congresso:** PAULO DE BARROS CARVALHO  
**Coordenação:** PRISCILA DE SOUZA

**12, 13 e 14 de dezembro de 2012  
Hotel Renaissance em São Paulo**

**IBET**

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

Copyright © 2012 By Editora Noeses  
Produção/ arte/ diagramação: Denise A. Dearo  
Capa: Cristiane Zitei  
Revisão: Priscila de Souza  
Coordenação: Alessandra Arruda

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

---

D476 Congresso Nacional de Estudos Tributários  
Derivação e positivação no direito tributário / Carvalho,  
Ana Carolina Papacosta Conte de [et al.]. – São Paulo : Noeses, 2011.

1017 p.  
ISBN 978-85-99349-68-7

1. Direito Tributário. 2. Processo administrativo tributário.  
3. Tributação. 4. Presunção. 5. Regra-matriz de incidência tributária.  
6. Sanção tributária. I. Ana Carolina Papacosta Conte de Carvalho.  
II. Paulo de Barros Carvalho (Pres.). III. Priscila de Souza (Coord.).  
IV. Congresso Nacional de Estudos Tributários.

CDU - 336.2

---

Dezembro de 2012

Todos os direitos reservados



Editora Noeses Ltda.

Tel/fax: 55 11 3666 6055

[www.editoranoeses.com.br](http://www.editoranoeses.com.br)

# CONCESSÃO DE LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA: VEDAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E LEGAIS

Camila Vergueiro Catunda<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Estado Novo de Getúlio: a primeira vedação legal, não à liminar, mas ao próprio cabimento do mandado de segurança. 3. Já no Estado Democrático de Direito: as vedações à concessão de liminar. 4. A vedação ao deferimento de liminar em mandado de segurança autorizando a compensação: artigo 151 x artigo 156, ambos do CTN. 5. A vedação ao deferimento de liminar em mandado de segurança para liberação de mercadoria do exterior e o poder geral de cautela

## 1. Introdução

Neste trabalho serão apresentadas as vedações infralegais e jurisprudenciais à concessão de medidas liminares em Mandado de Segurança, com destaque para as hipóteses que tolhem a defesa judicial dos interesses do contribuinte contra atos do Poder Público. E em relação a essas, serão tecidos os comentários

---

1. Mestre – PUC/SP. Advogada em São Paulo. Conselheira do CTM – Município de São Bernardo do Campo. Professora do IBET, do IGA-IDEPE, da PUC/Cogea, da FAAP – campus São José dos Campos, do IBDT, do IICS-CEU, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, da Faculdade de Direito Damásio de Jesus, da EPD, do LFG-Anhanguera e da Faculdade de Direito da Universidade São Judas.

cabíveis, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis à disposição normativa ou à orientação jurisprudencial.

Mas, antes um breve esboço histórico convém para adentrar no tema em si deste artigo.

O mandado de segurança como garantia constitucional do indivíduo foi introduzido em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1934 que o assegurava como tal em seu artigo 113<sup>2</sup> para defender a inviolabilidade dos direitos de liberdade, de subsistência, a segurança individual, a propriedade, bem como para combater atos ilegais ou inconstitucionais praticados por autoridade pública<sup>3</sup>.

Consoante preleciona José da Silva Pacheco o mandado de segurança surgiu num momento em que se objetivava “*ultrapassar o formalismo do procedimento ordinário, no processo judicial, a fim de obter solução rápida e urgente, impedindo o ato violador ou tornando-o insubsistente, antes que se consumasse ou aumentasse o prejuízo*”, num contexto em que “*a) a ação sumária era insuficiente por carecer de procedimento rápido e expedito; b) o habeas corpus restringia-se aos casos de violação ou ameaça da liberdade de locomoção; c) os interditos tinham aplicação restrita à proteção da posse das coisas corpóreas*”<sup>4</sup>.

A ideia de medida liminar que temos atualmente, concedida *in limine*, no início do processo e sem que ainda tenha

---

2. “Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.”

3. A expressão autoridade pública no decorrer deste trabalho abrange também a pessoa de direito privado que exerce função pública.

4. *In Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, ps. 106/107.

havido a oitiva da parte contrária (enquanto ainda ausente o contraditório, portanto)<sup>5</sup>, foi incrustada no sistema jurídico com a regulamentação do remédio constitucional pela Lei Federal n. 191, de 16/01/1936, pois, a partir de então passou a ser assegurado ao magistrado a possibilidade de suspensão imediata do ato coator quando verificada a relevância do direito invocado e o risco de lesão grave ou irreparável ao direito invocado pelo impetrante:

“Art. 8º. A inicial será desde logo indeferida quando não fôr caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei.

§ 9º Quando se evidenciar, desde logo, a relevancia do fundamento do pedido, e decorrendo do acto impugnado lesão grave irreparavel do direito do impetrante, poderá o juiz, requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente sobreestar ou suepender o acto alludido.” (texto com a redação original).

Com o Estado Novo, a Constituição Federal de 1937, imposta pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, deixou de prever o mandado de segurança como garantia individual, entretanto, como não houve a revogação da referida Lei Federal n. 191/1936 até a edição do Código de Processo Civil (CPC) de 1939, ele se manteve como uma medida judicial disponível ao particular, porém, não mais com *status* constitucional e com seu cabimento limitado<sup>6</sup>. Esta

5. Sobre o assunto afirma Fredie Souza Didier Junior: “Assim, tem-se por liminar um conceito puramente topológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, o seu início”. – in *Liminar em mandado de segurança: natureza jurídica e importância histórica* – <http://jus.com.br/revista/texto/2917/liminar-em-mandado-de-seguranca-natureza-juridica-e-importancia-historica> – acesso em 03/11/2012, às 16:27.

6. Decreto-lei n. 6, de 16/11/1937, editado por Getúlio Vargas:

“Art. 16. Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Parágrafo único. Os mandados de segurança contra atos das demais autoridades federais são, no Distrito Federal, da competência de um dos três juizes da Fazenda Pública, a que se refere o art. 9º desta lei, e, nos Estados e Territórios, dos juizes da Capital a quem couber o feito nos termos do art. 108 da constituição Federal.”

situação perdurou até a queda do Estado novo em 1945, com a deposição de Getúlio Vargas em 29/10 daquele ano.

Retomado o regime democrático, foi promulgada uma nova Constituição Federal em 18/09/1946, que reintegrou o mandado de segurança como garantia constitucional do indivíduo em seu artigo 141, § 24<sup>7</sup>. Em 31/12/1951 o Mandado de Segurança ganhou regulamentação própria, destacada do CPC<sup>8</sup>, por meio da Lei Federal n. 1.533/1951 que vigorou durante 58 (cinquenta e oito) longos anos, passando *quase* intacta pelo golpe militar de 1964, pela Constituição Federal de 1967, pela Emenda Constitucional de 1969, pelo Código de Processo Civil de 1973 e chegou à Constituição Democrática de 1988, promulgada em 05/10/1988, sendo revogada apenas em 2009 pela Lei Federal n. 12.016/2009.

O mandado de segurança foi mantido como garantia constitucional do indivíduo, tanto na Constituição Federal de 1967<sup>9</sup>, como em sua alteração pela Emenda Constitucional n. 1/1969<sup>10</sup>.

---

7. “Art 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 24 – Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

8. A Lei Federal n. 1.533/1951 revogou expressamente as disposições do CPC de 1939, o que ensejou a derrocada da vedação contida no seu artigo 320, inciso IV: “Art. 20 – Revogam-se os dispositivos do Código do Processo Civil sobre o assunto e mais disposições em contrario.”

9. “Art 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 21 – Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

10. “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 21. Conceder-se-á mandato [sic] de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Hodiernamente, na Constituição Federal de 1988, o Mandado de Segurança está previsto nos incisos LXIX e LXX do seu artigo 5º<sup>11</sup>.<sup>12</sup>

A grande inovação da Constituição Federal/1988, em relação às demais (e foram 7 no total!), foi a inclusão do mandado de segurança coletivo como meio de defesa do direito coletivo, “aquele que tem como suporte relação-base de determinada categoria”, “à série de “interesses” ou direitos de determinada classe”.<sup>13</sup>

Como bem relembra Vicente Greco Filho o mandado de segurança está dentre as garantias instrumentais ou processuais insculpidas no artigo 5º da Constituição Federal, as quais “visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias formais”.<sup>14</sup>

11. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

12. Preleciona Paulo Cesar Conrado que o mandado de segurança, seja preventivo ou repressivo, “revela-se como instrumento de jurisdição específica, afastando-se, portanto, da cláusula (genérica) do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, para aproximar-se da base (especial) do art. 5º, inciso LXIX, dispositivo do qual sacamos as (específicas) condições que permeiam essa “ação” (especial): (i) a existência (consolidada ou iminente) de ato de autoridade pública e (ii) o direito líquido e certo”. – in *Processo Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2012, ps. 229/230.

13. FIGUEIREDO, Lucia Valle. In *Mandado de Segurança*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32.

14. In *O Novo Mandado de Segurança*. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p.

11. Ainda define o autor nessa mesma página e obra: direitos materiais como “aqueles diretamente outorgados pelo texto constitucional, o qual define, também

Tem ele o condão de dar operatividade à regra contida no inciso XXXV<sup>15</sup> do artigo 5º da Constituição Federal (CF/1988) que assegura o livre acesso ao Poder Judiciário pelo particular, seja para combater ou evitar a prática de ato que afete direito subjetivo seu.

Dessa disposição constitucional deduz-se a possibilidade do remédio constitucional assumir natureza preventiva ou repressiva: (i) preventiva quando impetrado na hipótese em que é iminente a violação do direito (*ameaça*), (ii) repressiva quando já houve a prática de ato lesivo a direito subjetivo do sujeito proponente da ação (*lesão*).<sup>16</sup>

No âmbito da relação jurídica tributária, o mandado de segurança é uma medida judicial proposta, pelo contribuinte (mandado de segurança individual) ou por entidade da classe que ele integra (mandado de segurança coletivo), objetivando prevenir a prática de ato pela autoridade pública ou reprimir o ato já consumado, conformando-se em “*meio altamente eficaz de controle jurisdicional dos atos administrativos*”<sup>17</sup>.

---

o seu conteúdo”; e garantias formais como “*aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral.*”

15. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

16. Mantovanni Colares Cavalcante ao se referir à natureza da tutela mandamental, distingue-as em tutela de preservação e corretiva, em que, na primeira, o Poder Judiciário ordena a prática de um ato e na segunda impõe-se omissão do ato (*in Mandado de Segurança*. 2ª edição, São Paulo: Dialética, 2010, p. 93). Trata-se apenas de outra nomenclatura da utilizada neste trabalho para classificar a natureza da tutela almejada por meio da ação mandamental: preventiva (tutela corretiva) ou repressiva (tutela corretiva).

17. *In Noções sobre a ação Constitucional do Mandado de Segurança – sua aplicabilidade no campo do direito tributário*. In ALVIM, Teresa Arruda; MARINS, James; ALVIM, Eduardo Arruda. *In Processo Tributário*. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 65.



Pensando no ciclo de “vida” da obrigação tributária<sup>18</sup> (ou processo de positivação da obrigação tributária nas palavras de Paulo de Barros Carvalho<sup>19</sup>) a preventividade e a repressividade do mandado de segurança está relacionada:

- com a propositura do *mandamus* para prevenir a prática do ato constitutivo da obrigação tributária<sup>20</sup> pela autoridade administrativa consoante o artigo 142<sup>21</sup> do Código Tributário Nacional (CTN), no íterim entre a vigência da Lei que institui a regra-matriz de incidência tributária e a edição do ato constitutivo do crédito tributário<sup>22</sup>, assumindo a tutela jurisdicional, nessa etapa da “vida” da obrigação tributária, natureza declaratória, uma vez

---

18. Para complementar as informações sobre as etapas do ciclo de vida da obrigação tributária nos moldes aqui apresentados: VERGUEIRO, Camila Campos. *In Obrigação Tributária – O Processo de Positivação e as Causas Suspensivas da sua Exigibilidade*. 1ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009. DALLA PRIA, Rodrigo. *O Direito ao Processo*. In CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário Analítico*. 1ª Edição, São Paulo: Noeses, 2011.

19. “*Caracteriza-se o processo de positivação exatamente por esse avanço em direção ao comportamento das pessoas. As normas gerais e abstratas, dada sua generalidade e posta sua abstração, não têm condições efetivas de atuar num caso materialmente definido. Ao projetar-se em direção à região das interações sociais, desencadeiam uma continuidade de regras que progridem para atingir o caso especificado. E nessa sucessão de normas, baixando incisivamente para o plano das condutas efetivas que chamamos “processo de positivação do direito”, entre duas unidades estará sempre o ser humano praticando aqueles fatos conhecidos como fontes de produção normativa*”. – *in Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

20. Obrigação tributária é o vínculo jurídico e abstrato que se instaura entre Fisco e contribuinte, em que ao segundo é acometido o dever de prestar o tributo e ao primeiro o direito subjetivo de perceber a prestação pecuniária.

21. “*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*”

22. A expressão crédito tributário está sendo utilizada no sentido de direito subjetivo do Fisco à percepção da prestação pecuniária de natureza tributária.

que pretende o impetrante a mera declaração de inexistência de relação jurídica entre o Fisco e o contribuinte – mandado de segurança preventivo;<sup>23</sup>

- com a propositura do *mandamus* para reprimir o ato constitutivo da obrigação tributária, no ínterim entre a edição da norma individual e concreta constitutiva do crédito tributário<sup>24</sup> (lançamento ou auto de infração) e a inscrição do débito na dívida ativa, observado o prazo de 120<sup>25</sup> dias da intimação do ato administrativo<sup>26</sup>, hipótese em que assume a tutela jurisdicional, nessa etapa da “vida” da obrigação tributária, natureza constitutiva negativa ou anulatória, uma vez que pretende o impetrante a anulação do ato constitutivo da obrigação tributária – mandado de segurança repressivo;<sup>27</sup>
- com a propositura do *mandamus* para reprimir a prática do ato de inscrição em dívida ativa da obrigação tributária, no ínterim entre a produção da linguagem constitutiva dessa obrigação (produzida pela autoridade administrativa competente), os 120 dias seguintes à sua produção, antes do ajuizamento da execução fiscal<sup>28</sup> e

23. Para mais informações a respeito: CONRADO, Paulo Cesar. *In Processo Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2012, ps. 217/239.

24. *Idem* N.R. 12.

25. Lei Federal n. 12.016/2009:

“Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

26. Cumpre esclarecer que nesse etapa da vida da obrigação tributária o contribuinte pode defender-se administrativamente impugnando o ato da autoridade, de modo que o prazo de 120 dias para impetração do *writ*, caso haja o processo administrativo, somente iniciar-se-á da intimação da última decisão administrativa, ou não exercendo o contribuinte o seu direito de recorrer, a partir da intimação da decisão que não foi objeto de recurso.

27. Para mais informações a respeito: CONRADO, Paulo Cesar. *In Processo Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2012, ps. 240/251.

28. Execução Fiscal é a medida judicial por meio da qual o Fisco provoca a tutela jurisdicional objetivando a cobrança do crédito tributário (expressão

da efetivação da penhora<sup>29</sup> de bens nessa ação. Aqui também a tutela jurisdicional, nessa etapa da “vida” da obrigação tributária, assume natureza constitutiva negativa, uma vez que pretende o impetrante a anulação do ato de inscrição em dívida ativa promovido pelo Fisco consagrado na certidão de dívida ativa<sup>30</sup> – mandado de segurança repressivo.

Também se extrai do inciso XXXV do artigo 5º o princípio da efetividade da tutela jurisdicional que inspira o poder geral de cautela dos juízes (de todas as instâncias, inclusive Tribunais Superiores) e outorga-lhes competência, a fim de resguardar a efetividade da tutela jurisdicional, para determinar as “*providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e dos fundamentos desse suposto direito*”<sup>31</sup>, que no caso do mandado de segurança é denominada de medida liminar.

Em função da Constituição Federal de 1988, a Constituição cidadã, a Lei Federal n. 1.533/1951 precisava ser atualizada.

---

utilizada aqui no sentido de prestação pecuniária compulsória), mediante a consecução de atos de expropriação patrimonial do devedor.

29. Importante destacar que estando a obrigação tributária em fase de execução não será mais cabível o mandado de segurança, pois o mero ajuizamento da execução fiscal pelo Fisco e a determinação de seu processamento pelo magistrado não configura ato de autoridade suficiente para a impetração do *mandamus*. Ademais, nessa etapa do processo de positivação, ao contribuinte estão à disposição outras medidas judiciais para a defesa de seus interesses, como a exceção de pré-executividade e os embargos à execução fiscal, estes cabíveis depois de consagrada a penhora no processo executivo, aquela quando a questão não demande dilação probatória e possa ser conhecida de ofício pelo juiz. Para mais informações sobre as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade remetemos o leitor ao nosso artigo “A “sobrevivência” da exceção de pré-executividade depois das alterações do Código de Processo Civil”, publicado na Revista de Direito Tributário n. 105 (Editora Malheiros).

30. A certidão de dívida ativa é o título executivo emitido unilateralmente pela autoridade competente do Fisco (Procurador da Fazenda) que instrui a petição inicial da execução fiscal.

31. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

Contudo, a comunidade jurídica e os jurisdicionados somente viram despontar a perspectiva do remédio constitucional assumir seu precioso desiderato, repressor do arbítrio e de ilegalidades do Poder Público, em 2001, com o envio do projeto de lei disciplinando o mandado de segurança, posteriormente convocado na Lei Federal n. 12.016/2009, que revogou expressamente a Lei Federal n. 1.533/1951 (dentre outras leis que também dispunham regras para o mandado de segurança).

Segundo consta na exposição de motivos do projeto de lei que se transformou na “nova Lei do mandado de segurança”, o projeto objetivava precipuamente a atualização e a unificação da legislação:

*“3. Nesse contexto, o projeto se integra ao movimento de reforma legal que busca a maior coerência do sistema legislativo, para facilitar o conhecimento do direito vigente aos profissionais da área e ao cidadão, mediante a atualização, por consolidação em diploma único, de todas as normas que regem a mesma matéria.*

(...)

*26. Estas, em síntese, Senhor Presidente, as normas que ora submetemos ao elevado descortino de Vossa Excelência, destinadas a atualizar e aprimorar o sistema jurídico vigente, em relação ao instituto que tem garantido adequadamente os direitos individuais e se tornou um dos instrumentos mais importantes do Estado de Direito e do sistema democrático.”*

Entretanto, de sua análise constata-se que um desses propósitos, apenas um, o da unificação, a Lei efetivamente concretizou, mas, o outro, em nossa opinião, a pretensão de atualizar a legislação, não, pois, como bem ressalta Cassio Scarpinella Bueno, houve nítidos atrasos<sup>32</sup>.

*“Em regra foram mantidas as conquistas anteriores do instituto, com algumas inovações e avanços, apesar da atuação um*

---

32. In *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

*pouco tímida do legislador, além de alguns retrocessos. Realmente poderia ter sido feito muito mais*”.<sup>33</sup>

Complementamos essas críticas à Lei Federal n. 12.016/2009, trazendo ao conhecimento do leitor que os “novos” dispositivos replicam o que já constava em outras Leis, e até na Lei Federal n. 191/1936 (com outras palavras, é claro!), normatizam o que a jurisprudência já havia pacificado a respeito de determinadas matérias<sup>34</sup>, mantêm objeções à concessão de liminares que já constavam em outros textos legais. Nem na regulamentação do mandado de segurança coletivo são identificadas grandes inovações: o artigo 21<sup>35</sup> repete o conteúdo do art. 5º, LXX da CF/1988 relativamente aos sujeitos legitimados para impetrá-lo, ainda esse artigo, em seu parágrafo único<sup>36</sup>, repete o conteúdo do

33. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; FAVRETO, Rogerio; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *In Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

34. Como, por exemplo, o (i) não cabimento da condenação em honorários advocatícios – Súmulas 105 (STJ) e 512 (STF), (ii) o limite da produção dos efeitos da liminar até a prolação da sentença, (iii) o descabimento de interposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime que julgou apelação em mandado de segurança – Súmulas 169 (STJ) e 597 (STF).

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

36. “Art. 21. (...)”

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

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

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

artigo 81, parágrafo único<sup>37</sup>, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990) ao fixar o conceito de direito coletivo e individual e homogêneo; o § 2º<sup>38</sup> do seu artigo 22 repete o conteúdo do artigo 2º<sup>39</sup> da Lei Federal n. 8.437/1992 ao fixar prazo de 72 horas para a autoridade impreterada se manifestar a respeito do pedido de liminar antes da sua apreciação (não há, portanto, liminar *inaudita altera pars* no mandado de segurança coletivo).

Fica a sensação do menosprezo à inteligência alheia, já que “intenção” e “positivação” não convergiram.

Tecidos esse breve histórico e considerações sobre o mandado de segurança e a liminar, passemos ao tema do artigo propriamente dito: as vedações legais e jurisprudenciais à concessão de liminares.

## **2. O Estado Novo de Getúlio: a primeira vedação legal, não à liminar, mas ao próprio cabimento do mandado de segurança**

Foi sob as amarras do Estado Novo que o mandado de segurança sofreu suas primeiras “baixas”, não só por ter deixado

---

37. “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

38. “Art. 22. (...)”

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

39. “Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

de constar como garantia constitucional, deveras, foi nesse período, caracterizado pela centralização do poder e por seu autoritarismo, que foi estabelecida a primeira restrição em nosso ordenamento ao seu cabimento e à concessão da medida *in limine*.

O CPC (Decreto-lei<sup>40</sup> n. 1.608, de 18/09/1939), editado sob a vigência da Constituição Federal de 1937, regulamentou o mandado de segurança em seu “Título V” e revogou expressamente a Lei Federal n. 191/1936<sup>41</sup>. Contudo, apesar do CPC assegurá-lo para a defesa de direito ameaçado ou violado em função da prática de ato por autoridade pública, expressamente excluía o cabimento da ação mandamental se o ato fosse praticado pelo Presidente da República, pelos Ministros de Estado, pelos Governadores e Interventores<sup>42</sup>, reproduzindo o que já previa o Decreto-lei n. 6/1937.

Não para por aí, da leitura feita dos artigos do CPC/1939<sup>43</sup>, constata-se que não apenas foi excluída uma classe de autoridades

---

40. Como curiosidade: o Decreto-lei da Constituição Federal de 1937 era a Medida Provisória de hoje; tratava-se de ato normativo que podia ser editado pelo Presidente da República sobre matérias de competência da União quando o Parlamento estivesse em recesso ou tivesse sido dissolvida a Câmara dos Deputados.

“Art 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

Art 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XVI – o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;

Art. 74 – Compete privativamente ao Presidente da República:

b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12, 13 e 14;”

41. Como mencionado na Introdução deste artigo, tal Lei Federal foi o primeiro ato normativo a regulamentar o mandado de segurança.

42. “Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.”

43. Nele o mandado de segurança estava regulado do artigo 319 ao 331.

públicas contra as quais a ação mandamental não poderia ser intentada, mas, também, inviabilizou-se a concessão da medida liminar *inaudita altera pars*. Isto porque, a disposição autorizando a paralisação do ato pelo magistrado estava prevista no § 2º<sup>44</sup> do seu artigo 324, segundo o qual a apreciação do pedido de sua suspensão somente viria depois de prestadas as informações pela autoridade impetrada e antes de prolatada a sentença (ou até mesmo no bojo da própria sentença).

Relativamente à matéria tributária, o *CPC de 1939 instituiu a primeira restrição à discussão da relação jurídica tributária via mandado de segurança* ao prever expressamente o seu não cabimento para tratar de matéria que versasse sobre impostos e taxas.<sup>45</sup>

Tudo indica que essa queda de *status* do mandado de segurança na Constituição Federal de 1937 e a restrição às discussões que envolvessem impostos e taxas, visou retirar faculdades da mão dos juízes, em função da centralização do poder no Executivo. Era demonstrativo da efetiva quebra de equilíbrio na divisão dos 3 poderes da República, com a preponderância do Executivo em detrimento do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Como aponta Eduardo Arruda Alvim, esses acutilamentos eram perfeitamente possíveis à época, já que o mandado de segurança “*não figurava como garantia constitucional na Carta de 1937*”.<sup>46</sup> O contexto constitucional permitiria o retrocesso.

---

44. “Art. 324. Findo o prazo para as informações e para a contestação, os autos serão conclusos ao juiz, que decidirá em cinco (5) dias.

§ 2º – Quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável ao direito do requerente, o juiz mandará desde logo suspender o ato.”

45. “Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar: IV – de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte.”

46. In *Noções sobre a ação Constitucional do Mandado de Segurança – sua aplicabilidade no campo do direito tributário*. In ALVIM, Teresa Arruda;



Mas será que realmente foi esse contexto a mola propulsora da vedação legal? Dúvida cruel. Já que, a essas vedações seguiram outras, algumas, como será demonstrado abaixo, pertinentes, outras tão algozes que somente seriam esperadas em uma ditadura.

### 3. Já no Estado Democrático de Direito: ainda vedações à concessão de liminar

Se não existe texto sem contexto<sup>47</sup>, estranho foi, após a vinda da nova Constituição, a de 1946, e a regulamentação do mandado de segurança pela Lei Federal n. 1.533/1951, legislações esparsas passarem a limitar a concessão de liminares, restrições essas que não constavam no texto da referida Lei Federal. Nas palavras de José da Silva Pacheco, a Lei Federal n. 1.533/1951 foi “desfigurada por várias outras posteriores”<sup>48</sup>.

Houve quem sustentasse à época da publicação da Lei Federal n. 1.533/1951, dentre outros doutrinadores Geraldo Ataliba, que o prazo para impetração do *writ* de 120 dias<sup>49</sup> era inconstitucional, pois restringia temporalmente o exercício de uma garantia constitucional que no texto da Constituição não estava limitada. O que poderia significar uma limitação ao uso do remédio constitucional. Entretanto, a fixação desse prazo foi reconhecida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), chegando a ser editada a Súmula 632<sup>50</sup>. Ressalte-se que essa regra

---

MARINS, James; ALVIM, Eduardo Arruda. *In Processo Tributário*. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 63.

47. CARVALHO, Paulo de Barros. *In Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

48. *Idem*, p. 123.

49. “Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pela interessado, do ato impugnado.”

50. Súmula 632: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.” (Sessão Plenária de 24/09/2003)

foi mantida na legislação que atualmente regulamenta o mandado de segurança (artigo 23<sup>51</sup> da Lei Federal n. 12.016/2009).

Como relembra Luiz Guilherme Marinoni, ainda que tratando do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal/1988, sua “fala” se coaduna ao texto da Constituição Federal/1946 que já assegurava o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “*se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos. Um sistema de tutelas dos direitos que não contenha procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional*”.<sup>52</sup>

No mesmo sentido pontua Eduardo Arruda Alvim, para quem “*a Constituição Federal não apenas abre as portas do Judiciário a qualquer um, como exige que sejam atribuídos aos interessados os recursos e meios inerentes necessários para que suas pretensões possam ser eficazmente apreciadas*”.<sup>53</sup>

O mandado de segurança foi alçado ao texto constitucional, acredita-se, para fortificá-lo contra as injunções da prepotência governamental sob o impulso de “*livrar o cidadão de arbitrariedades de autoridades públicas, de garantir os direitos individuais contra as violações de arbítrio*”.<sup>54</sup>

Como mencionado, assim como atualmente, à época da Constituição Federal/1946<sup>55</sup> já se assegurava ao particular o livre

---

51. “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

52. In *A Antecipação da Tutela*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

53. Op. Cit., p. 83.

54. PACHECO, José da Silva. *Ibidem*, p. 108.

55. “Art 141.(...)”

§ 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

acesso ao Judiciário para combater lesão a direito e, portanto, a uma tutela jurisdicional efetiva segundo a relação material de fundo. O que significa a possibilidade de obtenção de providências em caráter de urgência, como a medida liminar suspensiva do ato de autoridade pública reputado ilegal pelo proponente da ação mandamental.

Apesar da possibilidade dos magistrados, fundados em disposição constitucional, deferirem medidas de urgência quando vislumbrassem o risco de dano ao direito invocado e à própria efetividade da tutela jurisdicional, além da relevância dos fundamentos jurídicos suscitados pelo impetrante, ato normativo instituiu vedação à concessão de liminares especificamente para a hipótese de liberação de mercadorias vindas do exterior.

Relembra Celso Agrícola Barbi o contexto social que gerou a edição de leis restringindo o exercício do poder geral de cautela via medida liminar nas ações mandamentais objetivando a liberação de bens importados do exterior:

*“A utilíssima medida, que é a suspensão do ato acoimado de ilegal, ganhou grande importância na prática forense. A primeira vez que ela foi usada em maior escala verificou-se nos anos de 1946 a 1955, a propósito da importação de bens, especialmente automóveis, que as autoridades do Executivo sustentavam não obedecer às exigências fiscais e cambiais. Surgiram então os denominados mandados de segurança coletivos, para liberação de centenas de veículos de uma só vez. Obtida a liminar e retirados da Alfândega os carros, os impetrantes desinteressavam-se do andamento do feito, retardavam-no deliberadamente, ou mesmo promoviam seu extravio, em conluio com funcionários menos escrupulosos.*

*Quando, a final, era julgado e negado o mandado de segurança, tornava-se impossível restituir as coisas ao estado anterior, uma vez que os automóveis já haviam sido alienados e estavam dispersos no país”.*<sup>56</sup>

56. *In Do Mandado de Segurança*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.143.

Em função disso foi editada a Lei Federal n. 2.410, de 29/01/1955, restringindo a concessão de liminar em mandado de segurança cujo objeto fosse a liberação de bens advindos do exterior:

*“Art. 3º – Nos mandados de segurança, porventura requeridos para obter o desembaraço de bens de qualquer ordem vindos a qualquer título do estrangeiro sem licença prévia ou com licença considerada falsa, observar-se-ão as seguintes normas:*

*a) não se concederá, em caso algum, a suspensão liminar do ato contra o qual se requer o mandado referido no Art.7º, II, da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951;”*

Ainda, estabelecia este artigo 3º em sua alínea b<sup>57</sup> que, na hipótese da liminar ser concedida em primeira instância e não ser cassada pelo Tribunal Federal de Recursos, a liberação dos bens, por conseguinte, a execução da própria decisão, ficava condicionada ao oferecimento de fiança bancária ou caução em títulos da dívida pública federal correspondente a 150% do valor das mercadorias importadas.

Ao que parece, em função de situações anômalas, que não representavam a regra, mas sim a exceção da conduta do particular, o Poder Legislativo foi “usado” para impor uma restrição à garantia do cidadão ao mandado de segurança. Mas, nesse momento histórico, já não éramos uma Democracia, um Estado de Direito, pautado na tripartição dos Poderes? A pergunta não merece resposta, já que, sem dúvida, a tripartição dos Poderes implica confiar na análise dos fatos e no senso jurídico do Poder Judiciário e não tolher o exercício de sua atividade. Como bem

---

57. “Art. 3º. (...)

*b) uma vez concedido o mandado pelo juiz da primeira instância e se o Presidente do Tribunal Federal de Recursos não lhe suspender a execução, esta só se fará, antes de confirmada pela instância superior se o importador oferecer fiança bancária idônea a juízo do Inspetor da Alfândega ou prestar caução em títulos da dívida pública federal de valor nominal correspondente a 150% (cento e cinquenta por cento) “ad valorem” das mercadorias importadas, na forma do Art.6º, § 4º, da Lei n. 2.145, de 29 de dezembro de 1953.”*

acentua Betina Rizzato Lara, citada por Eduardo Arruda Alvim, “*em verdade, o que ocorre no caso das vedações às liminares é uma substituição incorreta do juiz pelo legislador na tarefa de avaliar os interesses e de verificar sobre o cabimento de uma medida liminar.*”<sup>58 59</sup>

A vedação de concessão de liminares para liberação de bens do exterior que era exclusiva para o mandado de segurança foi estendida, posteriormente, para as demais modalidades judiciais de defesa dos interesses do particular, por meio da Lei Federal n. 2.770<sup>60</sup>, de 04/05/1956. Mas, não parou por aí!

Em 1964, mais duas investidas contra a possibilidade de concessão de liminares em mandado de segurança, agora pela Lei Federal n. 4.348, de 26/06/1964 e pela Lei Federal n. 4.357, de 16/07/1964.

Por meio da Lei Federal n. 4.348/1964 dois ataques contra a o poder-dever judicial de concessão de liminares foi desferido

---

58. Op. Cit., p. 84.

59. Tão relevante foi essa discussão na época que, quando chegou no Supremo Tribunal Federal, o conteúdo normativo foi endossado por sua jurisprudência, tendo sido editada, inclusive, a Súmula n° 262 que dispõe: “*Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel.*” (Sessão Plenária de 13/12/1963).

60. “*Art. 1º Nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa. Art. 2º No curso da lide ou enquanto pender recurso, mesmo sem efeito suspensivo, da sentença ou acórdão, a execução de julgado que determinar a entrega ou a vinda do exterior de mercadorias, bens ou coisas de qualquer natureza, não será ordenada pelo juiz ou Tribunal antes que o autor ou requerente preste garantias de restituição do respectivo valor, para o caso de, afinal, decair da ação ou procedimento.*”

§ 1º *As garantias referidas neste artigo consistirão no oferecimento de fiança bancária idônea, aceita pela autoridade alfandegária competente, ou de caução em títulos da Dívida Pública Federal, de valor nominal correspondente a 150% (cento e cinquenta por cento) “ad-valorem” das mercadorias, bens e coisas objeto de litígio, na forma do art. 6º, § 4º, da Lei número 2.145, de 29 de dezembro de 1953.*”

pelo legislador: (i) um limitando temporalmente a produção dos efeitos da liminar deferida no mandado de segurança a 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias somente se houvesse prova do acúmulo de processos pendentes de julgamento no juízo<sup>61</sup>; (ii) o outro vedando a concessão da medida de urgência para a hipótese de reclassificação ou equiparação de servidores, bem como concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias<sup>6263</sup>.

Acerca da disposição limitando temporalmente os efeitos da liminar, simplesmente a jurisprudência a ignorou, já que não fazia o menor sentido o impetrante ser penalizado pela ineficiência do Poder Judiciário; a doutrina teceu duras críticas a essa disposição, muito bem esposada na abalizada manifestação de Lucia Valle Figueiredo:

---

61. “Art. 1<sup>a</sup>. Nos processos de mandado de segurança serão observadas as seguintes normas:

b) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento justificar a prorrogação.”

62. “Art. 5<sup>a</sup> Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.”

63. Consta na exposição de motivos do projeto de lei que foi convolado nesta Lei Federal:

“Forçoso é constatar, senhor Presidente, que os Juizes da Fazenda Federal, em vários Estados, têm praticado o instituto do mandado de segurança com um elastério incompatível com a sua justa configuração legal, utilizando-o como para o pagamento coercivo e imediato de vultosas somas a setores numerosos do funcionalismo, à inteira revelia das normas constitucionais sobre a execução de dívidas contra a Fazenda e das normas de contabilidade pública.

Urge disciplina que restaure as (...) legais ultrapassadas pela má exegese e contenha os excessos que têm desnaturado as finalidades daquele instituto processual.

Creio que tal objetivo será alcançado com a proposição, ora apresentada, que corresponde às exigências reclamadas pelas circunstâncias e resguarda o interesse da Fazenda, sem prejuízo dos direitos individuais”. Lido tudo isso, espanta-se com a colocação de que há juizes da Fazenda e que os interesses fazendários devem ser resguardados. Tudo pela manutenção do dinheiro no cofre público.

*“Ora, o que não tem cabida alguma é se supor que, se o juiz tem excesso de serviço e não pode sentenciar o feito, a liminar pereça, a liminar simplesmente se extinga, ocorrendo a caducidade. Isso é a maior afronta ao texto constitucional. Então, se o Estado não faz a prestação jurisdicional, o jurisdicionado é quem sofre?”*<sup>64</sup>

Se essas duas restrições se deram à concessão de liminares, ainda a Lei Federal n. 4.348/1964 afetou a produção dos efeitos da sentença concessiva da segurança ao prever que o “recurso voluntário ou de ‘ofício’” era dotado de efeito suspensivo<sup>65</sup>, o que significava que o impetrante até ganhava a ação, mas somente tinha direito de “usufruir dos seus benefícios” depois da sentença ser revista pela segunda instância.

A Lei Federal n. 4.357/1964<sup>66</sup>, por sua vez, restringiu a concessão de liminares em mandado de segurança que impugnassem atos de autoridade pública federal que tivessem aplicado as suas disposições, ou seja, que versassem sobre, dentre outras matérias, (i) o aumento da alíquota do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas para 60% com aplicação retroativa<sup>67</sup> para 1º/07/1964; (ii) cobrança retroativa, a partir de 1º/07/1964, do empréstimo compulsório destinado ao Fundo Nacional de Investimentos, arrecadado com base nos rendimentos sujeitos ao Imposto de Renda Retido na Fonte e ao Imposto de Renda Pessoa

---

64. Citação feita por Eduardo Arruda Alvim em *Noções sobre a ação Constitucional do Mandado de Segurança – sua aplicabilidade no campo do direito tributário*. In ALVIM, Teresa Arruda; MARINS, James; ALVIM, Eduardo Arruda. *In Processo Tributário*. 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 82.

65. “Art. 7º O recurso voluntário ou “ex officio”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

66. “Art. 39. Não será concedida a medida liminar em mandado de segurança, impetrado contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente lei.”

67. A Lei Federal n. 4.357 foi editada em 16/07/1964 e publicada no Diário Oficial em 17/07/1964.

Física; (iii) a instituição de uma obrigação mensal de 3% sobre a remuneração paga pelas empresas aos empregados para assegurar sua responsabilidade pela indenização por dispensa dos seus empregados; (iv) forma de atualização de débitos fiscais; e (v) determinação de atualização anual das multas fiscais federais por meio de Decreto do Poder Executivo.

A lista foi extensa e dá indício de que o “mal estar” ensejador da instituição de regras proibitivas à concessão de medidas liminares em mandado de segurança envolve, sempre, questões tributárias e, conseqüentemente, que afetem o orçamento.

Essa vedação do artigo 39 da Lei Federal n. 4.357/1964 foi revogada pela Lei Federal n. 4.862, de 29/11/1965, nos seguintes termos:

*“Art. 51. Fica revogado o art. 39 da Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, cessando os efeitos da medida liminar concedida em mandado de segurança contra a Fazenda Nacional, após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da petição inicial ou quando determinada sua suspensão por Tribunal imediatamente superior.”*

Em que pese a localização da exposição de motivos do Projeto de Lei (PL) n. 3.196/1965 que foi convolado na referida Lei Federal n. 4.862/1965, relativamente aos fundamentos que ensejaram tal revogação não havia uma linha sobre esse ponto no DOU de 05/10/1965 em que o PL foi publicado. Fica a incômoda sensação de que o objetivo não era revogar a norma contida no artigo 39 da Lei Federal n. 4.357/1964 em função de sua inconstitucionalidade, mas, de fato, cassar as liminares que haviam sido concedidas, tendo em vista a segunda parte do dispositivo que começa com “cessando os efeitos da medida liminar concedida”.

Com a edição da Lei Federal n. 5.021<sup>68</sup>, em 09/06/1966, passou a ser vedada a concessão de liminares em mandado de

68. “Art. 1º. (...)”

§ 4º Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.”



segurança cujo objeto fosse o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal.

Por meio da Lei Federal n. 6.017, de 27/12/1973, a Lei Federal n. 1.533/1951 foi adaptada ao novo CPC/1973 (Lei Federal n. 5.869, de 11/01/1973), tendo sido estabelecido que a sentença se sujeitava ao duplo grau de jurisdição (remessa *ex officio*) e que podia ser executada provisoriamente; talvez um alívio? Não, pois isso poderia significar para o impetrante vencedor a necessidade de prestar caução para gozar dos efeitos práticos da sentença de procedência do *writ*.

Durante alguns anos o legislador “deu um descanso” às restrições à concessão de liminares, movendo-se somente em 1989 por meio da Lei Federal n. 7.969<sup>69</sup>, de 22/12/1989, que estendeu a limitação temporal dos efeitos da liminar e o efeito suspensivo do recurso interposto contra a sentença concessiva do mandado de segurança, da Lei Federal n. 4.348/1964, às demais medidas cautelares.

Então, chegou o “Plano Collor”, e já estávamos sob os auspícios da Constituição Federal/1988, que por meio da Medida Provisória n. 173, de 18/03/1990, estabeleceu proibição à concessão de medidas liminares em mandados de segurança, em ações ordinárias e cautelares contra a legislação que promoveu a aplicabilidade do referido plano.

Essa Medida Provisória perdeu sua eficácia, mas, o governo federal não deixou o assunto esfriar e editou uma nova Medida Provisória, a de n. 198, em 26/07/1990, convertida na Lei Federal n. 8.076, de 23/08/1990, novamente dispondo ser vedada a concessão de liminares em mandado de segurança e em cautelar que questionassem a legislação instituidora do “Plano Collor”<sup>70</sup>.

---

69. “Art. 1<sup>ª</sup> Aplica-se às medidas cautelares previstas nos artigos 796 a 810 do Código de Processo Civil, o disposto nos artigos 5<sup>ª</sup> e seu parágrafo único e 7<sup>ª</sup> da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964.”

70. “Art. 1<sup>ª</sup> Nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, que versem matérias

Em 30/06/1992, mais uma Lei Federal, a de n. 8.437, estabeleceu novas regras sobre liminares (como se as anteriores já não fossem suficientes!), deveras em ações de procedimento cautelar:

- tolheu a possibilidade de concessão de liminares sempre que a medida pudesse esgotar, no todo ou em parte o objeto da ação<sup>71</sup>;
- relativamente à matéria tributária vetou o deferimento de liminar autorizando a compensação de créditos tributários<sup>72</sup>.

Mas, não parou por aí, em seu artigo 2º<sup>73</sup>, a Lei Federal n. 8.437/1992, inviabilizou a concessão de liminar *inaudita altera pars* em mandado de segurança coletivo, outorgando prazo de 72 horas para a Pessoa Jurídica de Direito Público se manifestar acerca do pedido de liminar.

Enfim, chegamos ao ano de 2009, em que foi editada, em 07/08/2009, a tão esperada Lei Federal n. 12.016 que deixou

---

*reguladas pelas disposições das Leis n.s 8.012, de 4 de abril de 1990, 8.014, de 6 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.039, de 30 de maio de 1990, fica suspensa, até 15 de setembro de 1992, a concessão de medidas liminares.*

*Parágrafo único. Nos feitos referidos neste artigo, a sentença concessiva da segurança, ou aquela que julgue procedente o pedido, sempre estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente produzindo efeitos após confirmada pelo respectivo tribunal.”*

71. “Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.”

72. “Art. 1º. (...)

§ 5º. Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.”

73. “Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

perplexa a comunidade jurídica ao manter o mandado de segurança como estava, quiçá, em patamar inferior, pois, se a esperança era a edição de uma nova Lei que outorgasse a tal ação o seu verdadeiro *status* de combatente das arbitrariedades e ilegalidades do poder público, esse desiderato passou longe.

É uma *lei que nasceu velha*, como já apontado, que repetiu o que já constava em outros textos de Lei, na Constituição ou na jurisprudência (normatizou a orientação jurisprudencial!) e, o que interessa para o presente trabalho, instituiu ou repetiu hipóteses em que a concessão de medida liminar pelo magistrado está expressamente vedada<sup>74</sup>:

- na compensação de créditos tributários – normatizou o que já constava na Súmula n. 212 do Superior Tribunal de Justiça (STJ);
- na liberação de bens ou mercadorias provenientes do exterior – repetiu o que já constava na Lei Federal n. 2.410/1955;
- na reclassificação ou equiparação de servidores públicos – repetiu o que já previam a Lei Federal n. 4.348/1964 e a Lei Federal n. 5.021/1966;
- no aumento, extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (*idem supra*).

#### **4. A vedação ao deferimento de liminar em mandado de segurança autorizando a compensação: artigo 151 x artigo 156, ambos do CTN**

Até aqui foi exposto o contexto normativo das vedações à concessão de liminares em mandado de segurança e, até mesmo,

---

74. “Art. 7º. (...)

§ 2 . Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”

ao uso do próprio remédio constitucional, em várias hipóteses. A partir desse tópico, e no seguinte, a análise será restrita às vedações à concessão de liminar contida no § 2º do artigo 7º da Lei Federal n. 12.016/2009 relativa a questões fiscais, ou seja, (i) à compensação e (ii) à liberação de mercadorias importadas. Especificamente neste capítulo será tratado o ponto (i), então, voltemos nossa atenção à compensação.

O CTN, em seu artigo 170<sup>75</sup> autoriza o contribuinte a efetuar a compensação, desde que haja regulamentação por lei do respectivo procedimento. No âmbito federal, a lei regulamentando a compensação foi editada em 1991 (Lei Federal n. 8.383), autorizando o contribuinte, em seu artigo 66<sup>76</sup>, sob a sistemática do lançamento por homologação, ou seja, mediante apuração e compensação em sua escrita fiscal sujeita a posterior verificação (homologação) pelo Fisco, a compensação de tributos e contribuições da mesma espécie<sup>77</sup>.

Surgiu, então, o problema de ser definido o que eram “tributos e contribuições da mesma espécie”. A regulamentação

---

75. “Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que 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.”

76. “Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1º. A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º. É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º. A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da Ufir.

§ 4º. O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.”

77. Relativamente à compensação das contribuições, importante destacar que da mesma espécie eram consideradas as contribuições que tivessem a mesma destinação constitucional.

desse dispositivo e atos administrativos, todos infralegais, extrapolando o seu âmbito normativo em manifesta contrariedade ao artigo 99 do CTN<sup>78</sup>, restringiram a expressão, chegando, até, a estabelecer que o código da receita dos tributos e contribuições tinham que ser iguais para se falar em “mesma espécie tributária”<sup>79</sup>.

Nesse contexto, ou seja, de instituição de óbices infralegais à aplicação de disposição de Lei muitos contribuintes socorreram-se do Judiciário para ver assegurado o seu direito de compensar seus tributos, tendo em vista possuírem um crédito contra o Fisco já reconhecido, na maioria das vezes, judicialmente.

Vejam, e aqui é o ponto importante da questão para bem compreender todo o contexto jurisprudencial e normativo que culminou na redação do §2º do artigo 7º da Lei Federal n. 12.1016/2009, o problema que os contribuintes enfrentavam à época da regulamentação da compensação no âmbito federal era a impossibilidade de promover a compensação em sua escrita fiscal em decorrência de subterfúgios infralegais estabelecidos pelo Fisco. Era um *problema de legalidade*: o conteúdo da lei era desrespeitado por atos infralegais. *Havia ato da autoridade fiscal impedindo a aplicação da Lei Federal n. 8.383 e, ainda que indiretamente, do próprio CTN.*

O contribuinte, então, deveria provocar a tutela jurisdicional para afastar o ato de autoridade e promover a compensação em sua escrita fiscal nos moldes da lei, e não para obter do juiz o direito de compensar, este, deveras, já estava assegurado em Lei, o problema todo girava em torno do seguinte: *a aplicação da Lei tornou-se inviável por força de sua regulamentação, invertendo-se a regra de subordinação em que se sustenta*

---

78. “Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.”

79. Instrução Normativa n. 67/1992 e 21/1997. Parecer PGFN n. 638/1993.

*o ordenamento jurídico* (o ato regulamentador se sujeita à lei que lhe serve de fundamento de validade).<sup>80</sup>

Em função da enormidade de mandados de segurança que foram impetrados objetivando reconhecer que o crédito (indébito tributário) era compensável com tal ou qual tributo da mesma espécie, em 23/09/1998, foi editada a Súmula n. 213 pelo STJ com o seguinte teor: “*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*”

Que fique muito claro, a Súmula n. 213 do STJ reconheceu que a via do mandado de segurança era útil e necessária para declarar que o crédito era compensável e não para assegurar a compensação em si, direito este já garantido por lei. Os casos analisados nos precedentes que culminaram na edição da referida Súmula não discutiam o crédito (indébito tributário) do contribuinte, pois este já havia sido reconhecido judicial ou administrativamente (já era líquido e certo nos moldes do que exige o artigo 170 do CTN), a questão envolvia tão somente o óbice criado pelo Fisco à utilização desse crédito para compensar com outros tributos da mesma espécie, porque, como mencionado, as autoridades fiscais somente admitiam como da mesma espécie os tributos que tinham o mesmo código de receita.<sup>81</sup>

Vale a transcrição de voto da Ministra Eliana Calmon que, apesar de bem posterior à edição da Súmula n. 213 do STJ, identifica bem os limites do mandado de segurança que pretenda declarar que o crédito é compensável:

---

80. Nas palavras de Hans Kelsen, “*a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas*” – *In Teoria Pura do Direito*. 4ª edição, Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 310.

81. Aqui vale lembrar o que afirmou o Ministro Antonio de Pádua Ribeiro no julgamento do ERESP 78.301/BA:

“(…) *Então, se o tributo é da mesma espécie e o Fisco atribuiu a ele um código diferente, deixará de ser da mesma espécie? Evidentemente que não. (...)*” (ERESP 78301/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/1996, DJ 28/04/1997, p. 15803)

*“(…) De fato, o mandado de segurança impetrado pela contribuinte objetiva a apuração dos créditos a serem compensados, bem como a determinação judicial dos critérios a serem utilizados no procedimento compensatório, tais como correção monetária, afastamento das limitações impostas pelas Leis n.ºs 9.032/95 e 9.129/95, dentre outros.*

*Com efeito, deduz-se da leitura da inicial do mandado de segurança que pretende a recorrente apurar os valores a serem compensados. (...)*

*Ora, a questão não é apenas de direito, pois discute a homologação dos cálculos apresentados pela impetrante, o que afasta o requisito do direito líquido e certo amparável por mandado de segurança, previsto no art. 1º da Lei 1.533/51. Assim sendo, entendo correto o encaminhamento dado pelo Tribunal no sentido de considerar indispensável a dilação probatória e, conseqüentemente, inadequada a via mandamental.*

*Ademais, o que se infere da narrativa expendida na inicial é que a pretensão da impetrante é de cunho claramente condenatório, uma vez que pretende a apuração do quantum, como se objetivasse garantir a própria compensação na via estreita do mandamus, o qual não se confunde com ação de cobrança.*

*Diante desse contexto, aplicável a Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”. (...)<sup>82</sup>*

Apesar da clareza da orientação do STJ e, talvez, também, em função do péssimo hábito de somente ler ementas, os pedidos constantes nos mandados de segurança equivocadamente eram no sentido de declarar a compensação, em outras palavras, utilizar a tutela jurisdicional para convalidar a compensação.

Mediante uma deturpação interpretativa do conteúdo dos julgados, seja dos advogados e/ou dos magistrados, o mandado de segurança passou a ser utilizado para cancelar a compensação, não se discutia apenas o óbice da administração pública, mas o próprio crédito do contribuinte, objetivando legitimá-lo

82. AgRg no REsp 660803/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2005, DJ 20/02/2006, p. 288.

e, com isso, a própria compensação já promovida pelo contribuinte em sua escrita fiscal. Tudo isso fez eclodir o problema da concessão de liminares em mandado de segurança autorizando a compensação.

Salta aos olhos o equívoco efetivamente perpetrado pelas decisões concessivas de liminar autorizando a compensação, pois, em juízo precário, baseado apenas na fumaça do bom direito, reversível a qualquer momento a critério do juiz na hipótese de serem modificadas as condições fáticas que ensejaram sua concessão, deferia-se a extinção do crédito tributário.

No âmbito da relação tributária, a liminar em mandado de segurança tem o condão de somente suspender a exigibilidade, está ela prevista no artigo 151, IV<sup>83</sup> do CTN, enquanto a compensação extingue o crédito tributário à luz do artigo 156, II<sup>84</sup> do CTN.

Com o que se deparou a comunidade jurídica: com a liminar deferitória da compensação o mandado de segurança já perdia o seu objeto. Isto porque, a obrigação tributária era extinta pela compensação promovida na escrita fiscal pelo contribuinte e, a partir daí, caberia ao Fisco homologá-la, ou não; caso não homologasse notificaria o contribuinte para “impugnar” e a discussão se retomada na esfera judicial, passaria a ser outra. O Poder Judiciário perdia a sua função já no início do processo, antecipando a própria tutela jurisdicional almejada. Como bem ressalta Celso Fernandes Campilongo e Paulo Fernando Campilongo:

*“A oitiva da autoridade administrativa, assim, é etapa inafastável do itinerário que conduza à compensação. Não pode ser saltada nem substituída pelo juiz.”<sup>85</sup>*

83. “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.”

84. “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: II – a compensação;”

85. In Mandado de Segurança, Compensação Tributária e a Aplicação da Súmula 460 do STJ. In CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de,



Não há que se confundir no contexto do ciclo de vida da obrigação tributária a sua suspensão da exigibilidade com a sua extinção. *A extinção da obrigação tributária põe termo ao processo de positivação*, atestando o desaparecimento da relação de crédito do fisco<sup>86</sup>, enquanto a suspensão da exigibilidade tem o condão de apenas impedir o porvir das etapas desse ciclo no sentido da satisfação do crédito; é um *privius* à extinção.

Como já tivemos a oportunidade de manifestar, o processo de positivação progride sempre no sentido da extinção da obrigação tributária (a obrigação tributária “nasce” para “morrer”). O fim que, por meio desse ciclo se pretende, é o encerramento do vínculo instaurado entre sujeito ativo (credor) e sujeito passivo (devedor) mediante a satisfação do crédito do primeiro. Entretanto, essa progressão pode sofrer interrupções que se dão pela interferência de regras jurídicas cuja função no sistema jurídico é justamente evitar o prosseguimento do curso normal desse processo de positivação quando o contribuinte está na condição de inadimplente. Tais regras, denominadas pelo CTN de suspensivas da exigibilidade, que afetam a continuidade do processo de positivação operam como “agentes inibidores”<sup>87</sup> (“catalisadores<sup>88</sup> negativos”) no ordenamento, pois bloqueiam

---

Coord. *Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado*. VII Congresso Nacional de Estudos Tributários. 1ª edição. São Paulo: Noeses, 2010, p. 207.

86. Consoante Paulo Cesar Conrado, a compensação é um fenômeno complexo que fulmina tanto a relação de crédito tributário do Fisco, como a relação de crédito do contribuinte (in *Compensação Tributária e Processo*. 1ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003, ps. 107/109). Nosso entendimento se alinha com o do ilustre professor, contudo, apenas fizemos referência no texto à extinção da relação de crédito do fisco, pois estamos nos referindo ao ciclo de positivação da obrigação tributária e não ao de crédito do contribuinte (ou de débito do fisco) cujo objeto é o indébito tributário.

87. “**INIBIDOR**: são substâncias que causam redução da velocidade das reações químicas. Sendo recuperada intacta no fim da reação. Biologicamente falando os inibidores impedem ou retardam a ação de uma enzima.”

(FONTE: [http://juninhostefanelli.blogspot.com.br/2008\\_03\\_01\\_archive.html](http://juninhostefanelli.blogspot.com.br/2008_03_01_archive.html))

88. “**CATALISADOR (catalyst)**: substância que aumenta a velocidade de uma reação química sem ser consumido.”

a produção dos efeitos das regras que permitiriam ao Fisco exigir o seu crédito em função do inadimplemento do contribuinte.<sup>89</sup> Somente isso.

Desta forma, não havia (e não há) como se admitir que via liminar a obrigação tributária fosse extinta.

A questão da liminar do artigo 151, IV do CTN deferindo a compensação, do artigo 156, II do CTN, supostamente fundada no cabimento do mandado de segurança para “compensar”, também bateu às portas do STJ, onde foi repelida fortemente por sua jurisprudência, culminando na edição da Súmula n. 212 pelo STJ, em 23/09/1998, na mesma data da edição da Súmula n. 213, que em seu texto original<sup>90</sup> dispunha: “*A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar*”.

Para os menos avisados, parecia haver uma contradição, pois o mandado de segurança estava sendo assegurado como meio legítimo para “declarar” a compensação e, ao mesmo, tempo a liminar não podia autorizar a compensação. Entretanto, por tudo o que foi exposto acerca da estrita hipótese de cabimento do *mandado de segurança objetivando declarar o crédito do contribuinte compensável*, a conclusão é a de que a Súmula n. 212 do STJ teve que ser editada porque a tutela jurisdicional estava sendo equivocadamente prestada, porque o pedido de liminar estava sendo equivocadamente requerido pelos impetrantes.

A pretensão do contribuinte em relação à liminar tinha que se restringir à sua hipótese de cabimento que é a suspensão

---

(FONTE: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:s-bn5nMczpUJ:www.quimilac.com.br/glossario.php+%22CATALISADOR+\(catalyst\)%22+subst%C3%A2ncia+que+aumenta+a+velocidade+de+uma+rea%C3%A7%C3%A3o+qu%C3%ADmica+sem+ser+consumido&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:s-bn5nMczpUJ:www.quimilac.com.br/glossario.php+%22CATALISADOR+(catalyst)%22+subst%C3%A2ncia+que+aumenta+a+velocidade+de+uma+rea%C3%A7%C3%A3o+qu%C3%ADmica+sem+ser+consumido&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br))

89. VERGUEIRO, Camila Campos. *Ibidem*.

90. Em 11/05/2005 o STJ deliberou pela alteração do texto dessa Súmula para alcançar também as liminares concedidas em outras espécies de ação e a tutela antecipada: “*A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.*”

da exigibilidade do crédito tributário e não à compensação, que é causa de extinção da obrigação tributária, de modo que não há que se falar que tais Súmulas criaram um óbice ao magistrado para deferir medidas liminares. Muito pelo contrário! Elas demarcaram os estritos contornos da liminar do mandado de segurança nos termos do artigo 151, IV do CTN.

Porém, como o que foi fixado nas Súmulas n. 212 e 213 do STJ não foi suficiente para sufragar a concessão de liminares em mandado de segurança autorizando a compensação, em 25/08/2010, o STJ editou a Súmula 460 estabelecendo que “*é incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte*”.

Ela foi necessária porque os contribuintes permaneceram insistindo em obter do Poder Judiciário decisão que se imiscuísse no dever outorgado à autoridade administrativa de fiscalizar a compensação, avaliando a existência, ou não, dos créditos do contribuinte, bem como o procedimento adotado por ele segundo a legislação aplicável. O que se perpetuava era a utilização do mandado de segurança com fins de ação de cobrança, o que não era aceito pelo STF e ensejou a edição de sua Súmula n. 269<sup>91</sup>.

Como na compensação tributária aplica-se o princípio da reserva da autoridade administrativa, segundo o qual “*nem o particular nem o próprio Poder Judiciário podem invadir competência privativa da autoridade fiscal*”<sup>92</sup>, nada mais legítimo, diante do quadro acima descrito, do que a jurisprudência do STJ editar as 3 Súmulas delimitando a utilização do mandado de segurança e a função da liminar na relação tributária que é, lembrando, exclusivamente a de suspender a exigibilidade do crédito tributário de forma precária e reversível.

Estão tais Súmulas em consonância com o ordenamento jurídico, ou como disse Celso Fernandes Campilongo e Paulo

91. “*O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*”.

92. CAMPILONGO, Celso Fernandes; CAMPILONGO, Paulo Fernando. *Ibidem*, p. 207.

Fernando Campilongo: “*andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao sumular a matéria*”.<sup>93</sup>

Deste modo, ao normatizar a jurisprudência do STJ, o primeiro item do § 2º do artigo 7º da Lei Federal n. 12.016/2009 não estatuiu nenhuma vedação à possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança, restringiu-se a prever o óbvio, a reiterar regra já contida no ordenamento, que é a impossibilidade de uma liminar (artigo 151, IV do CTN) extinguir o crédito tributário ao autorizar a compensação (artigo 156, II do CTN) onde não há óbice fiscal à sua promoção e antes que haja qualquer fiscalização pela autoridade administrativa competente.

Parafraseando os autores citados acima: andou bem o legislador federal ao prever a impossibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança objetivando a compensação.

##### **5. A vedação ao deferimento de liminar em mandado de segurança para liberação de mercadoria do exterior e o poder geral de cautela**

Se foi positiva a inserção de regra que expressamente veda a concessão de liminar para compensação, o mesmo já não se pode dizer da manutenção<sup>94</sup> do dispositivo que prevê a impossibilidade de medida *in limine* ser concedida autorizando a liberação de bens advindos do exterior.<sup>95</sup>

Como já ferido acima, a concessão de medida de urgência é um dever do magistrado quando ele se depara com uma situação concreta em que não vindo a ser resguardado o direito do impetrante *initio litis* a concessão ao final da segurança será ineficaz, de modo que a impetração torne-se totalmente inútil.

93. *Ibidem*, p. 208.

94. Relembre-se que a Lei Federal n. 2.410, de 29/01/1955, dispunha exatamente no mesmo sentido da atual Lei que regula o Mandado de Segurança.

95. Não é demais trazer ao conhecimento dos leitores que muitos doutrinadores reputam válida a vedação à concessão de liminar para liberar mercadorias vindas do exterior, mas não são a maioria.

Por outras palavras, não pode o juiz ser tolhido do seu dever de suspender o ato coator liminarmente se, diante do caso concreto, constata que, ao final, o pedido constante do *writ* pode restar prejudicado. Isto porque, o poder geral de cautela é inerente à atividade jurisdicional, tendo em vista a conteúdo do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal/1988 (já transcrito acima).

Somos partidários da corrente que atribui à medida liminar em mandado de segurança natureza cautelar, uma vez que sua finalidade é assegurar a eficácia prática da sentença, de modo a dar operatividade à própria efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Nesse sentido preleciona Celso Ribeiro Bastos<sup>96</sup>:

*“a medida liminar é uma providência cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante. Em outras palavras, visa a impedir que o retardamento da decisão final venha a torná-la inócua, em razão da irreparabilidade do dano sofrido”.*

Ou nas palavras de Celso Agrícola Barbi:

*“toda medida provisória, que tenha por fim evitar danos possíveis com a demora natural do processo, tem a substância de medida cautelar”.*<sup>97</sup>

Não se trata de mera divagação a assertiva de que o poder geral de cautela é intrínseco à tutela jurisdicional, já que o STF em mais de uma oportunidade reconhece-o como uma decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição prescrito no citado inciso XXXV do artigo 5º do texto Constitucional.

Julgando a ADI n. 223 MC, em 05/04/1990, o Ministro Celso de Melo destacou em seu voto que “o princípio da inafastabilidade

96. In *Do Mandado de Segurança*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 5.

97. *Ibidem*, ps. 141/142.

*do controle jurisdicional representa, pelo seu caráter global e abrangente, instrumento de defesa do direito à ação de conhecimento, do direito à ação de execução e do direito à ação cautelar. Particularizar qualquer dessas situações e, em consequência, excluí-la da tutela constitucional, significaria, em última análise, repudiar conquista de inegável valor político-jurídico”.*

Na mesma ADI n. 223 MC<sup>98</sup>, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence está frisado que a conjugação do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal/1988 com a regra da independência e harmonia dos poderes contida no seu artigo 2º, faz com que o princípio da inafastabilidade da jurisdição supere “*as dimensões da garantia da proteção jurisdicional ao cidadão para converter-se em garantida ao Poder Judiciário. É que nele se consagra, como reverso da medalha da garantia do direito de ação, a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, jurisdição que tem na sua função cautelar, mais que uma forma de tutela das partes, um mecanismo de garantia de si mesma, da jurisdição, isto é, da plenitude do exercício da função típica do Poder Judiciário*”.

Nove anos depois, novamente o Plenário do STF, agora na ADC n. 4 MC<sup>99</sup> repetiu essa orientação, afirmando o Ministro Carlos Velloso:

*“Ensinam os processualistas que o poder geral de cautela é inerente à atividade jurisdicional. Esse é, na verdade, um princípio processual, princípio processual constitucional, dado que a Lei Maior confere ao Poder Judiciário o poder-dever de curar qualquer lesão ou ameaça a direito (C. F., art. 5º, XXXV)”.*

Na ocasião do julgamento da ADC n. 4 MC não perdeu a oportunidade, o já citado Ministro Sepúlveda Pertence, de reiterar sua posição afirmando com intensidade que o “*poder*

---

98. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/1990, DJ 29-06-1990 PP-06218 EMENT VOL-01587-01 PP-00001.

99. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001

*cautelar é inerente à jurisdição, menos como proteção ao direito da parte do que como proteção à eficácia do processo, instrumento da função pública da jurisdição. É um poder absolutamente publicístico. É o Poder Judiciário o titular da jurisdição, como todo poder, destinada a atuar sobre a realidade, o que lhe traz, implicitamente, o poder de resguardar a eficácia futura do exercício legítimo do seu poder”.*

Das palavras dos referidos Ministros, restou delimitado pelo STF o conteúdo semântico do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal/1988, tendo sido reconhecido, então, que o poder geral de cautela é intrínseco ao próprio exercício da jurisdição.

Isso significa que disposição infraconstitucional não pode embaraçar o poder-dever do magistrado de conceder tutelas de urgência e, portanto, liminares em mandado de segurança, quando se depara com casos em que o perigo da demora pode resultar na ineficácia da própria ação mandamental<sup>100</sup>, já que cabe ao Poder Judiciário o prudente critério de identificação do *periculum in mora* diante do caso concreto. Não há, portanto, como se estatuir uma regra generalizadora que proíba a concessão de liminares em mandado de segurança.

Desditosamente, a segunda parte do § 2º do artigo 7º da Lei Federal n. 12.016/2009, impede a concessão de liminares que impliquem a liberação de bens advindos do exterior, contrariando o texto Constitucional, e demonstrando evidente preocupação em preservar interesses públicos arrecadatários e orçamentários.

Já foi apontado acima, essa vedação remonta há mais de 50 anos e decorreu de um contexto excepcional e abusivo, cujos casos concretos supostamente seriam irreversíveis. Entretanto, tais fatores não poderiam servir de pretexto para arrochar disposição da Constituição Federal.

---

100. Nas palavras de Lucia Valle Figueiredo: ineficácia da medida “só pode significar a possibilidade de a decisão de mérito no mandado de segurança quedar-se inócua” – *ibidem*, p. 136.

No âmbito jurídico nenhuma medida liminar é irreversível, o que pode acontecer é de faticamente não conseguir ser restaurada a situação ao *status quo ante*, como no caso da liberação de mercadoria importada em que ela pode ser consumida ou alienada.

O problema fático da irreversibilidade não pode justificar a proibição à concessão da liminar, uma vez que apesar do bem em si não poder ser restaurado, os efeitos jurídicos da cassação da liminar, seja por decisão interlocutória ou sentença, por decisão do próprio juiz de primeira instância ou de Tribunal, são revertidos e a forma de recomposição patrimonial pode ser promovida pelo Poder Público por meio de indenização, aplicação de medidas repressivas, lavratura de auto de infração, dentre outras medidas sancionatórias previstas no ordenamento jurídico.

Como sugerem alguns autores<sup>101</sup>, ao invés de simplesmente vedar a possibilidade de concessão de liminares na importação de bens em função da irreversibilidade fática da hipótese concreta, justamente para resguardar o poder geral de cautela implícito no princípio da inafastabilidade da jurisdição, melhor seria estabelecer a exigência de caução idônea, como contracautela. Por se tratar de uma situação extraordinária, em que outros valores resguardados pelo ordenamento, ainda que contrapostos ao interesse do particular, precisam ser resguardados, é plenamente justificável tal exigência.

*“Temperamentos se fazem necessários à concessão da medida liminar, uma vez que podem estar em jogo, em aparente contradição, o interesse particular violado e o interesse público postulando tutela”*<sup>102</sup> e a prestação da caução, nos casos em que o juiz se depara com o risco de dano inverso, pode ser exigida

---

101. Dentre eles, Celso Agrícola Barbi, Lucia Valle Figueiredo, Eduardo Arruda Alvim, Luiz Manoel Gomes Júnior, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Rogerio Favreto, Sidney Palharini Júnior.

102. FIQUEIREDO, Lucia Valle. *Ibidem*, p. 133.



nos moldes do que dispõe o inciso III<sup>103</sup> do próprio artigo 7º da Lei Federal n. 12.016/2009.

Relembra Eduardo Arruda Alvim que o mandado de segurança, ação constitucional que é, “*não pode ter sua amplitude tolhida por aplicação direta ou analógica de lei infraconstitucional*”<sup>104</sup>.

Ou ainda como aponta Lucia Valle Figueiredo, “*há de se entender o instituto do mandado de segurança da maneira mais ampla possível. Coarctamentos infraconstitucionais não se justificam. Quadra ressaltar: a linha vetora da interpretação há de ser sempre no sentido de que o mandado de segurança é proteção constitucional e, de conseguinte, só pode encontrar peias e amarras no próprio texto constitucional*”.

Por tudo o que foi dito: andou mal o legislador federal ao manter a vedação à concessão de liminar em mandado de segurança para liberação de bens do exterior.

A comunidade jurídica, especificamente nesse ponto, esperava a devida atualização da legislação tão preconizada na exposição de motivos, mas ficou a “*ver navios*”<sup>105</sup>.

---

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

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

104. *Ibidem*, p. 75.

105. “A expressão “*ficar a ver navios*” quer dizer esperar por algo que não acontece ou por alguém que não chega. Dom Sebastião, rei de Portugal, decidiu participar de uma campanha militar visando conquistar o Marrocos, atendendo ao pedido de auxílio que fez um príncipe mulçumano que disputava o domínio desse território. O rei teria morrido na batalha de Alcácer-Quibir, mas seu corpo nunca foi encontrado. Por esse motivo, muitos portugueses se recusavam a acreditar na morte do monarca. Era comum as pessoas visitarem o Alto de Santa Catarina, em Lisboa, de onde se podia ver o mar, para esperar pelo rei. Como ele não voltou, o povo ficava a “*ver navios*””. – <http://minhalinguaeeu.blogspot.com.br/2009/05/ver-navios-e-outras-expressoes.html> (acesso em 07/11/2012, às 23:51).