

O QUESTIONAMENTO TRIBUTÁRIO EM PROCESSO CAUTELAR*

Vanilda Fátima Maioline Hin
Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

I - O processo cautelar como meio de viabilizar a garantia de acesso ao Judiciário em face de ameaça a direito. II - O processo cautelar e a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. III - O questionamento tributário em processo cautelar: alguns aspectos. IV - Conclusões.

I - O processo cautelar como meio de viabilizar a garantia de acesso ao Poder Judiciário e em face de ameaça a direito

A Constituição Federal de 1988, inovando em relação à anterior, assegura o acesso ao Poder Judiciário, não só em caso de lesão a direito (como fazia a Emenda Constitucional nº 1/69), mas também, em face de ameaça (art. 5º, inciso XXXV).

Com isso cresceu a importância do processo cautelar, porque, embora não seja o único, ele é o mais eficiente meio de acesso ao Judiciário para proteção de direito antes de ocorrida a violação.

O processo cautelar viabiliza a prestação jurisdicional com a rapidez necessária para afastar a ameaça, o que não ocorre, por exemplo, nos processos de ações meramente declaratórias, que igualmente, são instrumento de acesso ao Judiciário antes de ocorrida a violação ao direito, mas não atendem à necessidade de pronta atuação da função jurisdicional, em caso de perigo da demora. De outro lado, o mandado de segurança preventivo, que atende à necessidade de pronta atuação da função jurisdicional, só é cabível se o direito ameaçado resulta de fatos que podem ser comprovados de plano, restrição a que não se submete o requerente de medida cautelar.

Em suma, o processo cautelar desempenha melhor do que qualquer outro a função de instrumento de atuação da garantia constitucional de proteção jurisdicional em face de ameaça a direito.

II - O processo cautelar e a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao elencar o direito de acesso ao Poder Judiciário em caso de ameaça a direito. E inovou também ao dar ao princípio da ampla defesa uma dimensão que ele não tinha na vigência da Emenda Constitucional nº 1/69, ao estabelecer, no artigo 5º, inciso LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

*Trabalho apresentado no I Simpósio de Direito Tributário de Presidente Prudente, São Paulo.

É lícito, portanto, concluir que o direito de acesso ao Judiciário, que corresponde ao direito do autor de provocar a atuação jurisdicional, deve ser compatibilizado com o direito do réu à ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Isso quer o direito de ação tenha sido exercido em face de lesão, quer em face de ameaça a direito.

Quando se cogita de tutela cautelar deferida em sentença proferida em processo cautelar, a garantia constitucional é preservada, porque o processo cautelar não é processo sem defesa, mas processo de cognição sumária.

Isso não ocorre, porém, quando se cuida de cautelar deferida liminarmente, sem oitiva do réu e independentemente de justificação prévia. A meu juízo, não se pode, sem maiores questionamentos, admitir a prestação de tutela jurisdicional seja em processo cautelar, seja em ações como a de busca e apreensão de bem objeto de alienação fiduciária em garantia, possessórias, e outras - sem ouvir o réu.

O conflito (direito de defesa do réu de um lado, direito esse do qual o princípio da inexecutabilidade antes de cognição completa é decorrência, e de outro o direito à proteção jurisdicional para evitar violação a direito) não escapou à acuidade de Pontes de Miranda, para quem a tutela cautelar resulta exatamente da superação desse conflito, como se vê:

"I. Na principiologia das medidas cautelares fora da lide, o que importa é a pretensão à segurança, segundo a síntese que superou dois princípios (tese e antítese): a) o de que só se executa ou se restringe poder de outrem, depois de cognição (princípio da inexecutabilidade antes de completa cognição); b) o de que os direitos devem ser protegidos antes e depois de violados, isto é, o princípio da tutela preventiva, que o vulgo exprime no provérbio não jurídico "Mais vale prevenir que remediar". A síntese compôs a pretensão à tutela jurídica cautelar, nos casos de perigo na demora" (art. 798). (Comentários, Forense, 1976, Tomo XII, p. 16).

Assim, tendo presente que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional engloba, além do direito de acesso ao Poder Judiciário, outras garantias, dentre elas a garantia do réu à amplitude da defesa e ao devido processo legal, o deferimento liminar de medidas cautelares, sem oitiva do requerido, só pode ser admitido em situações excepcioníssimas, nos casos em que o juiz verificar que o réu, sendo citado, poderá tornar ineficaz a medida (CPC, art. 804).

III - O questionamento tributário em processo cautelar: alguns aspectos

Tudo o que se disse anteriormente sobre a tutela cautelar se aplica aos processos em que o contribuinte recorre ao Poder Judiciário para discutir a legitimidade de obrigação tributária.

A circunstância de o CTN, no artigo 151, II, ter elencado o depósito do valor integral do crédito tributário entre as causas que suspendem a sua exigibilidade não confere ao depósito a condição de direito potestativo do contribuinte: cabe ao juiz verificar sempre se concorrem o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Essa verificação, em regra, far-se-á na sentença, depois de vencidas as fases postulatória e probatória.

A possibilidade de concessão de liminar não pode ser afastada. Mas é fato que, em se tratando de medida requerida contra pessoa jurídica de direito público, dificilmente ocorrerá a hipótese de o requerido, sendo citado, tornar a medida ineficaz.

Além disso, não se pode falar em cidadania e questionamento tributário considerando só um dos pratos da balança, o do contribuinte, sem considerar o fato - extremamente grave num país pobre como o nosso - de que, enquanto o valor integral do

crédito tributário fica depositado, à disposição do Juízo, o Estado fica privado de recursos indispensáveis à implementação de programas sociais relevantes.

O caso do FINSOCIAL, amplamente divulgado pela imprensa, em que o depósito judicial coloca em risco todos os projetos da União na área de saúde, em detrimento das camadas mais pobres da sociedade, é significativo.

É importante, pois, que a presença do perigo da demora seja aferida com rigor. Do contrário estar-se-á transferindo para o Estado e para camadas mais pobres da sociedade o ônus de uma demora que, em verdade, não se apresenta, para o contribuinte, como capaz de causar dano grave e de difícil reparação. Isso porque a possibilidade de restituição do crédito tributário solvido indevidamente descaracteriza a irreparabilidade do dano. Dir-se-á que em se tratando de tributo indireto a repetição do indébito sofre restrições, por depender de prova de que não houve repasse para o contribuinte de fato. Mas aí a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mediante depósito, tem conseqüências mais graves. Com efeito, se o contribuinte de direito incluiu o tributo depositado nos seus custos, repassando-o para o contribuinte de fato, o risco da execução da medida, que é do requerente (CPC, art. 811), é transferido para o contribuinte de fato, pois, o contribuinte de direito, se vencido na ação de cognição completa não terá prejuízo, porque o tributo depositado foi pago pelo contribuinte de fato; se vencedor estará enriquecendo indevidamente.

IV - Conclusões

Do que foi dito conclui-se que:

a) a inobservância das garantias constitucionais do requerido, à amplitude da defesa e ao devido processo legal, e a inobservância das normas processuais que regem o processo cautelar, podem transformar o questionamento do crédito tributário em processo cautelar em meio de transferir para o requerido e para terceiros o ônus do questionamento tributário e o risco da execução cautelar;

b) o ordenamento jurídico oferece solução adequada para garantir o direito do contribuinte de discutir crédito tributário em processo cautelar, sem inviabilizar o direito do requerido à amplitude da defesa e ao devido processo legal, e sem dar margem a que o processo cautelar se transforme em meio de transferir para o Estado e para terceiros o ônus e o risco do questionamento tributário.