

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 623/88

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Gávea Golf and Country Club

Recurso ordinário. Mandado de segurança contra ato judicial. Apresenta-se o mandado de segurança contra ato judicial como medida cautelar, que só subsiste se ainda não extinta a via principal, que é a do recurso. A despeito de contemplar o ordenamento a providência do pedido de suspensão da execução da liminar em mandado de segurança (art. 4º da Lei nº 4.348/64), pode a pessoa jurídica de direito público optar pelo simultâneo ataque ao provimento por agravo de instrumento e writ. No mérito, carência pelo impetrante dos requisitos do periculum in mora e do fumus boni juris.

PARECER

1. O ora recorrido moveu ao recorrente ação cautelar em que pleiteava promover depósito mensal equivalente ao ICM sobre fornecimento de alimentação e bebidas, tributo que contesta ser devido, buscando, com isso, suspender a exigibilidade do crédito tributário em caso de insucesso.

Concedida a liminar por meio da r. decisão, por cópia a fls. 16, impugnou-a o recorrente através de agravo de instrumento e impetrou o presente mandado de segurança, em que objetiva se confira efeito suspensivo ao recurso.

Sustenta-se, na inicial, que a providência deferida, sobre ser ilegal, priva o Estado de ter como receita quantias que só poderão ser utilizadas ao cabo da ação principal. A ilegalidade, por sua vez, consistiria em ser incabível medida cautelar preparatória da ação declaratória e em ser juridicamente impossível o pedido, além de carcer-se de pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Após a prestação de informações pela nobre autoridade impetrada, foi citado o recorrido, na qualidade de litisconsorte necessário, o qual ofereceu a contestação de fls. 78/105. Nesta, sustenta preliminarmente que não cabem agravo de instrumento e mandado de segurança contra medida liminar deferida em *writ* a pessoa jurídica de direito público, atacável que é somente pelo pedido da respectiva suspensão, dirigido ao Presidente do Tribunal. Afirma, ademais, não estar presente *periculum in mora* e rebate a argumentação da inicial.

A segurança viu-se denegada mediante o v. aresto de fls. 136/137, com a seguinte fundamentação:

"Como se vê do bem lançado parecer do M.P., a cobrança, em tal caso sendo discutível, enseja a medida cautelar, pois o contribuinte

não quer sujeitar-se à situação de mau pagador, enquanto busca a declaração de seu direito. Há respeitáveis opiniões dizendo que a simples ação declaratória inadmite a cautelar preparatória, porque não teria executividade. Mas, observa Pontes de Miranda, as ações todas têm uma carga de eficácia. Na declaratória, é a mais alta, mas pode haver executividade, pois, sendo a declaratória negativa, torna-se eficaz pela proibição de cobrar imposto ao vencido. Logo, eficácia tem. Caso se declare a inexistência do débito, cobrança não haverá. Há doutrina e jurisprudência em ambos os sentidos. Denega-se, por isso, a segurança."

Irresignado, interpôs o sucumbente o recurso ordinário de fls. 142/155, em que reedita a motivação da inicial, sobrevivendo a resposta do recorrido, a fls. 159/164, com preliminar de falta de interesse em recorrer porquanto o agravo de instrumento interposto teria sido desprovido, além de não haver mais depósitos a serem efetuados na ação cautelar.

2. Veio a resposta ao recurso acompanhada de documento, sobre o qual parece deva ser aberta oportunidade ao recorrente para manifestar-se.

3. O remédio foi tempestivamente exercitado (cf. fls. 140 e 142).

4. Merece conhecimento o apelo uma vez que a consequência de estar eventualmente prejudicada a via mandamental não seria a emissão de juízo negativo de admissibilidade do recurso, mas a extinção do processo sem julgamento do mérito.

5. O mandado de segurança contra ato judicial apresenta-se, na feição que lhe tem emprestado a jurisprudência, como medida cautelar que é passível de ser promovida se o recurso cabível do ato a ser impugnado não tem efeito suspensivo. Seu único fito é o de assegurar que não se executem providências na pendência do recurso, ou, em linguagem que se nos afigura menos própria, conferir efeito suspensivo ao recurso.

Como em qualquer medida cautelar, cumpre ao impugnante atacar o ato pela via principal, que é a do recurso.

No caso, verifica-se que o recorrente alvejou o ato que hostiliza mediante agravo de instrumento.

Satisfeito como está o aludido pressuposto, é preciso, ainda, para a subsistência da mesma medida até o julgamento do apelo ordinário, que o agravo de instrumento não haja sido decidido ou, acaso decidido, que não tenha passado em julgado o acórdão correspondente. É que, como resulta do art. 808, III, do CPC, extinta a via principal, fica eliminada a via acessória.

Na espécie, sabe-se que o agravo viu-se solvido (fls. 165), mas não há notícia do trânsito em julgado da decisão, o que nos parece há de ser apurado.

6. Ainda previamente, sustenta o recorrido que a liminar deferida em mandado de segurança à pessoa jurídica de direito público não pode ser atacada por agravo de instrumento e menos até por mandado de segurança, uma vez que existe remédio específico a ser desfechado contra o provimento, que é o pedido da respectiva suspensão dirigido ao Presidente do Tribunal.

Não se afigura correto esse ponto de vista porquanto o acolhimento do pedido de suspensão da execução da liminar, previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64, está submetido a requisitos próprios, podendo a pessoa jurídica de direito público optar por uma ou outra via, a seu alvedrio.

7. No mérito, não merece prosperar o apelo.

Não há *periculum in mora* em face da absoluta inexistência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação decorrente do deferimento dos depósitos.

Por igual, não se faz presente o *fumus boni juris*, dado que incensurável o ato impugnado.

Em primeiro lugar, é admissível medida cautelar em ação declaratória, ao reverso do sustentado na inicial, como afirma Buzaid (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, Saraiva, 2ª ed., 1986, pp. 346/348) e tem sido largamente aceito pelos Tribunais.

Em segundo lugar, a providência cautelar contra a qual investe o recorrente foi imposta ante o *periculum in mora* evidenciado, consistente na possibilidade de autuação ilegal.

Por outro lado, não se havia de exigir do recorrido *fumus boni juris*, uma vez que o depósito promovido com amparo no art. 151, II, do CTN é feito para evitar consequências no caso de *insucesso* na causa principal e não, como geralmente acontece, na hipótese de êxito na mesma. De todo modo, o fumo de bom direito revelava-se existente, por coincidir a tese do recorrido com aquela pacificamente sufragada pela Suprema Corte.

8. Ante o exposto, opina a Procuradoria-Geral de Justiça por que, subsistindo a via mandamental (cf. item 5, *supra*), se conheça do recurso, mas se lhe negue provimento.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1990.

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Promotor de Justiça
Assistente

Aprovo.

Carlos Antonio Navega
Procurador-Geral de Justiça