

## AGRAVO DE INSTRUMENTO NA AÇÃO CAUTELAR PROPOSTA POR INTERCONTINENTAL HOTELARIA LTDA CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(Procurador João Guilherme Sauer)

Exmo. Sr. Dr. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
(Cartório da Dívida Ativa Estadual)

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da MEDIDA CAUTELAR nº 4.123 que lhe move INTERCONTINENTAL HOTELARIA LTDA., vem, adiante, no prazo legal, interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO contra a decisão liminar proferida por esse d. Juízo, pelos seguintes motivos.

1. Medida cautelares, como a que aqui se contesta vêm sendo utilizadas de modo absolutamente abusivo e ilegal e a isso o Judiciário deve - *data venia* - pôr um paradeiro.

2. O ESTADO vai dispensar-se de debater o mérito da lide anunciada pela autora. A eventual plausibilidade - que na verdade, não existe - da pretensão deduzida pela requerente se poderia contrapor a plausibilidade da resistência do ESTADO de modo que ficaríamos discutindo quais das duas é *mais* plausível.

O chamado *fumus boni juris* fica, pois, colocado à margem da discussão, por isso que desnecessário.

3. O que interessa debater é o *periculum in mora* e a sua configuração, quer no que concerne à concessão de medidas cautelares inominadas, em geral, quer no que respeita ao respectivo deferimento para paralisar a atividade tributante da Fazenda.

É o que se passa a fazer.

3.1. Toda e qualquer medida cautelar deve, necessariamente, objetivar a concessão de uma *cautela*.

A cautela não visa - e isso é preciso enfatizar porque não se tem entendido corretamente - a salvaguardar, provisoriamente, o *direito* do demandante. Esse direito será, ou não, resguardado pela decisão que vier a ser proferida no *processo principal*. Em outras palavras, se a parte autora tiver o direito que alega, a decisão do feito principal o assegurará.

O processo cautelar foi concebido apenas - repete-se: *apenas* - porque, dadas as peculiaridades da lide, a decisão que venha a acolher o pedido formulado no processo principal *pode não ser suficiente para assegurar o resguardo do direito do autor*.

Conseqüentemente, o que a cautela objetiva diretamente a preservar é a plena eficácia *da decisão*, proferida no processo principal, que *julgue favoravelmente* a pretensão de quem invoca a necessidade da mesma cautela. É claro que, *indiretamente*, o direito material da parte é protegido provisoriamente pela cautela, *mas apenas na medida em que a decisão do fato principal seja a ela favorável*.

Quer-se dizer com isso que a medida cautelar *jamais* pode afastar o *risco* que qualquer litígio traz para os litigantes. E esse *risco* se traduz na imprevisibilidade do resultado da ação principal. Quem afirma que não deve nada em face de outrem, que dele exige muito, terá que pagar esse muito, se perder a ação principal. Se, por outra, ganhar, então terá afastado o risco, exatamente por que - *e só por que* - ganhou.

Não será a medida cautelar que afastará os ônus decorrentes da inexistência do direito daquele que a pleiteou.

Por isso, o processo cautelar não pode, sob pena de grave ilegalidade consistente no comprometimento da efetividade da jurisdição, servir de instrumento à imunização das partes contra os *riscos* de quaisquer litígios.

3.2. É assim que acontece *em qualquer ramo do direito*.

Admite-se que o devedor de uma obrigação (ou quem se apresenta como tal) pleiteie uma cautelar, a fim de uma vez preenchidos os requisitos da lei, não ser constrangido a satisfazer o crédito alheio *enquanto se discute a existência desse crédito*. Mas, se decisão proferida em processo de conhecimento declarar que esse crédito existe, então o devedor terá de satisfazê-lo *com todos os acréscimos legais*.

E isto porque a permanência da obrigação, agravada (*perpetuatio obligationis*), resulta, nesses casos, da lei substantiva, da lei que estabelece o direito material.

Admitir-se o contrário equivalerá a concluir-se que a lei adjetiva, processual, estabelece instrumentos que descartam a mora, mesmo se, declarada a existência da obrigação por decisão definitiva (isto é, decisão sobre o mérito do litígio), ficar configurado que a parte não a cumpriu no prazo e do modo previsto na lei substantiva.

Ora, ninguém jamais disse isto ou aceitou semelhante conclusão.

Um singelo exemplo ilustra a questão. São freqüentíssimas as ações de consignação em pagamento movidas por locatários que alegam não deverem os alugueres que lhes estão sendo cobrados em conexas ações de despejo. Se esses inquilinos perderem as ações consignatórias, serão despejados, e deverão o que não pagaram tempestivamente, com juros e multas previstos na lei e no contrato de locação. *É veja-se que a ação de consignação é de conhecimento, e não mera ação cautelar*. De nada adiantarão os depósitos feitos nesses casos. Eles serão por exemplo, insuficientes e os inquilinos perderão tudo: a posse da coisa e a *veleidade* de não pagar.

3.3. Ora, no direito tributário pretende-se que isso não aconteça. Mas essa tese não tem o menor cabimento, não encontrando respaldo na lei.

3.3.1. É verdade que o Código Tributário Nacional (CTN) faculta ao sujeito passivo suspender a exigibilidade do *crédito tributário* mediante o depósito de seu montante integral (art. 151, II).

Mas isso não tem a amplitude que vem sendo conferida a tais depósitos.

Em primeiro lugar, o que pode ter sua exigibilidade suspensa é o *crédito tributário*, não a *obrigação tributária*.

*Crédito tributário* é a obrigação definida, em todos os seus aspectos (valor, sujeito ativo, sujeito passivo, etc.), por um ato de aplicação da lei tributária praticado pela administração, que se chama "*lançamento*".

Na linguagem do CTN, o lançamento *constitui* o crédito tributário, que, antes dele *não existe* (CTN, art. 142).

Quer isso dizer que, se a administração comparecer perante o contribuinte, com o lançamento, e disser: "você deve este tributo", o sujeito passivo poderá, com o depósito do valor correspondente, *suspender* a atividade da Fazenda tendente a cobrar esse valor.

Mas é preciso que, em qualquer caso, lançamento já haja, *para poder estar suspensa a exigibilidade do crédito que ele - e só ele - constitui*.

O problema aqui tem surgido porque, no caso de alguns tributos (não, de longe, todos) o lançamento vem acompanhado da imposição de juros e penalidades. Daí terem os contribuintes a iniciativa de depositar o valor, que *alegam* ser integral, *da obrigação (não do crédito): para impedir, não o lançamento do tributo, mas, sim, de seus acréscimos*.

Comprova essa assertiva o fato de nenhum contribuinte jamais ter depositado o valor do IPTU antes de receber carnê correspondente. E por quê? Porque somente quando recebe o carnê o contribuinte está sendo notificado do lançamento, isto é, do ato da prefeitura que declara dever ele o imposto em valor determinado, e a data do vencimento. Como o carnê

não aplica multa, senão a estabelece apenas para o caso de não pagamento, ninguém tem interesse em fazer o depósito antes de receber o carnê. Simplesmente o recebe; então, se não concordar com o valor, deposita.

Acontece que o ICM é um tributo sujeito ao chamado "lançamento por homologação", em que compete ao contribuinte antecipar o pagamento, isto é, realizá-lo antes de pronunciamento da administração (CTN, art. 150).

Porque o lançamento virá necessariamente depois da data legalmente estabelecida para o pagamento, é acompanhado da aplicação dos juros e penalidades, justamente porque o contribuinte não pagou.

Por isso, os contribuintes estão sendo *data venia*, "mais rápidos no gatilho". Se desconfiam que serão sujeitos passivos de um crédito tributário futuro, depositam, antes, o valor que alegam (e simplesmente *alegam*) estar em jogo, assim, pretendem não "sofrer" o lançamento.

A prevalecer o entendimento de que isto pode ser feito em relação ao ICMS e demais impostos "lançados por homologação, ter-se-á de admitir que poderá ser igualmente feito relativamente ao IPTU: o contribuinte, antes de receber o carnê alegará que não deve o valor que supõe ser-lhe-á declarado, e mediante o depósito, impedirá que tal carnê - que consubstancia o lançamento - seja expedido. Em outras palavras: a prefeitura ficará impedida de lançar o IPTU, só porque o contribuinte o depositou!

Como a realização do lançamento está sujeita prazo de decadência (que não se interrompe, nem se suspende), como não há crédito lançado, porque, erroneamente, um determinado juízo o impediu, ao cabo de cinco anos a prefeitura não pode cobrar nada. Sim, porque, sem o lançamento, nem mesmo a conversão do depósito em renda pode ser feita.

Ora, isso é, em qualquer caso, um *rematado absurdo*.

3.3.2. Qual será, então, a função do depósito?

A resposta já foi insinuada acima: o depósito suspende a exigibilidade do crédito tributário, quando ele existir.

Significará isso (nos casos - como o do ICMS em que o tributo é lançado por homologação) que o depósito só pode ser feito depois do lançamento *ex-officio*?

De modo algum! O contribuinte pode efetuar o depósito antes de ser autuado. *Só que esse depósito não impede a lavratura do auto de infração*. Lavrado este, no entanto fica suspensa a exigibilidade do crédito nele constituído.

Quer dizer, feito o lançamento consubstanciado no auto de infração, o fato de o depósito ter sido anteriormente feito, susta, a partir de então, toda a atividade da Fazenda tendente a inscrever o crédito do lançado em dívida ativa pressuposto inafastável da ação de cobrança por via executiva.

Não precisará o contribuinte, nesses casos, sequer oferecer impugnação, a chamada defesa administrativa, para afastar a exigibilidade do crédito, por isso que o depósito já a terá suspenso:

Aliás, recorrendo ao Judiciário com a ação principal que necessariamente deve seguir-se à medida cautelar de depósito, nos termos do CPC, o contribuinte fica mesmo impedido de apresentar defesa administrativa, a teor do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6830, de 22.9.80 (Lei das Execuções Fiscais), *verbis*:

"Art. 38 - A discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito

preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único - *A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto*."

Suspensa a exigibilidade do crédito tributário por conseguinte, a discussão se transfere para o Judiciário. E perante este, assumem as partes - *ambas as partes*, e não somente a Fazenda - os riscos da boa ou má interpretação do direito que deduzirem em Juízo.

Se o contribuinte vencer, nas hipóteses em que discutir-se o valor da dívida, o depósito converter-se-á em renda da Fazenda (Lei nº 6.830, art. 32, § 2º), não sendo por ele devidos quaisquer acréscimos, apesar de não ter pago a dívida no vencimento, precisamente porque tal depósito terá suspenso a exigibilidade do crédito. *É esta a função do depósito!*

Se o contribuinte for derrotado, perderá tudo, devendo satisfazer o crédito da obrigação tributária por inteiro, inclusive com os acréscimos pelo atraso - *tal como, repita-se, ocorre em todos os ramos do direito*.

3.3.3. Do ponto de vista processual, o depósito não é uma verdadeira medida cautelar, porque não visa a assegurar plena eficácia da sentença a ser proferida no processo principal. Esta, no caso em discussão, estará, em qualquer caso assegurada.

No entanto, cabe averbar que o CPC é expresso em determinar, quanto às chamadas medidas cautelares inominadas que o juiz poderá determinar as que julgar adequadas.

*"quando houver fundado receio de que uma parte, antes de julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação"*. (art. 798).

No que diz respeito a concessão liminar da cautela, não menos claro é o CPC, ao determinar ser lícito ao juiz concedê-la.

*"quando verificar que este (o réu), sendo citado, poderá torná-la ineficaz (...)"* (art. 804).

Ora, conforme sobejamente já demonstrado, não há esse risco, esse perigo, ficando as outras desafiadas a, fundamentadamente, provar o contrário.

3.3.4. Lembre-se que, em abono das razões acima expendidas, o e. Tribunal de Justiça já se pronunciou da seguinte maneira:

*"Cautelar - Declaratória - Afastamento de um direito - Impossibilidade.*

*Não se pode, através de cautelar, impedir o exercício regular de um direito, como é a fiscalização do Estado.*

*Cometido qualquer excesso no uso de suas atribuições pelo Estado, a sua discussão e conseqüente correção há que se dar nas vias próprias"* (4ª Câm. Cível, Ap. Cível nº 1.709/90, rel. Des. FONSECA COSTA, Unânime).

*"Medida cautelar. Depósito preparatório. Débito fiscal. Não havendo crédito tributário constituído ou declaração do valor a ser depositado, para possibilitar a verificação de sua correção, ausentes se encontram o fumus boni juris e o periculum in mora, requisitos indispensáveis à concessão de liminar"*. (4ª Câm. Cível, Ag. Inst. nº 840/91, rel. Des. MARDEN GOMES, unânime).

3.3.5. Esclareça-se, finalmente, que o ESTADO não se opõe ao depósito, em si, embora se reserve verificar a exatidão de seu valor.

Acontece que, apesar da inexistência de pedido explícito, ao final da petição vestibular, no sentido de ser a Fazenda abstada a efetuar lançamentos contra a autora, a fls. 6, item 9, esta última afirma que deseja depositar o que alega ser o valor do débito, "sem que seja autuada ...", não havendo a liminar feito ressalva.

Dai, por via das dúvidas, a razão desta irresignação.

Em face do exposto, espera-se a reconsideração e indeferimento da liminar, ou, se assim não se entender, o encaminhamento do recurso ao e. Tribunal, que de certo conhecerá e proverá o mesmo para o fim de reformar a decisão liminar, indeferindo-a, como de

### JUSTIÇA!

Indicam-se para traslado todas as peças dos autos desta cautelar.

Termos em que,

P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 31 de março de 1992.

João Guilherme Sauer  
Procurador do Estado

## CONTESTAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA AÇÃO CAUTELAR PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA

Medida cautelar inominada, movida contra os Secretários de Estado das Polícias Civil e Militar pela Associação dos Delegados de Polícia - ADEPOL/RJ, para impedir a instalação de módulos cartorários criados, em caráter experimental, pela Resolução Conjunta SEPC/SEPM nº 0049, de 13 de julho de 1991, como corolário da Resolução Conjunta SEPV/SEPM nº 0028, de 30 de dezembro de 1988, em unidades da Polícia Militar (Procurador Francesco Conte).

Exmo. Sr. Desembargador-Relator da Medida Cautelar Inominada nº 11/91  
Egrégio 1º Grupo de Câmaras Cíveis - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos da MEDIDA CAUTELAR INOMINADA requerida pela ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA - ADEPOL R.J. contra os Exm<sup>os</sup> Senhores Secretários de Estado da Polícia Civil e da Polícia Militar (processo nº 11/91), vem, por seu Procurador abaixo-assinado, oferecer a seguinte contestação:

### EXPOSIÇÃO DOS FATOS

1. O quadro esquemático da questão é, fielmente, o seguinte:

- a) trata-se, na espécie vertente, de medida cautelar inominada, numerada 11/91, figurando como requerente a ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA - ADEPOL R.J. e sendo requeridos os EXM<sup>OS</sup> SENHORES SECRETÁRIOS DE ESTADO DA POLÍCIA CIVIL E DE POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (doc. 3);
- b) a supra-aludida medida cautelar inominada, dirigida ao Augusto Órgão Especial, foi distribuída ao Colendo Conselho da Magistratura do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que o Exm<sup>o</sup> Senhor Desembargador-Relator deferiu a medida liminar postulada, e o fez *inaudita altera pars*.

### PRELIMINARMENTE

#### MANIFESTA ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM"

2. O Código de Processo Civil, em seu art. 3º, dispõe, peremptoriamente, que:

"Art. 3º - Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade." (grifamos).

3. Ouça-se, a propósito de legitimatio ad causam, a escoreita assertiva de CELSO AGRICOLA BARBI:

"Significa ela que só o titular de um direito pode discuti-lo em Juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito. Ou, na precisa lição de CHIOVENDA: "é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e