

julgado a sentença proferida no processo de conhecimento, cumpre que se proceda ao inventário dos bens. Inventário que não adotará necessariamente a forma solene, podendo desenvolver-se sob a forma do arrolamento sumário (art. 1.032) ou de arrolamento simples (art. 1.036). Se a forma for a solene, proceder-se-á à avaliação e ao pagamento dos tributos, no curso da relação processual. Em caso contrário, os valores são meramente estimados apenas para fins de partilha e, depois de extraído o formal, proceder-se-á ao pagamento do imposto na forma que dispuser a lei estadual. Sendo dois os processos — separação e inventário — duas são as taxas judiciárias devidas.

QUADRO SINÓTICO

SEPARAÇÃO CONSENSUAL

- 1) Cada cônjuge sai com sua meação (comunhão — condomínio)
 - Relação processual única
 - Taxa judiciária apenas na separação
 - Não há fato gerador do imposto de transmissão
 - Carta de sentença para averbação no Registro de Imóveis
- 2) Partilha acordada: um dos cônjuges com porção maior
 - Relação processual única
 - Taxa judiciária apenas na separação
 - Há fato gerador do imposto de transmissão (pagável na forma administrativa prevista para a Lei 7.019/82)
 - Formal de partilha para inscrição no Registro de Imóveis
- 3) Partilha não acordada na inicial
 - Relação processual dúplce (separação + arrolamento)
 - Duas taxas judiciárias, uma para o processo de separação e outra para o processo de arrolamento, este sempre desenvolvido na forma da Lei n.º 7.019/82)
 - Eventual geração do imposto de transmissão

SEPARAÇÃO CONTENCIOSA

- Duas relações processuais
- Taxa judiciária na separação
- Taxa judiciária no inventário ou no arrolamento
- Eventual geração do imposto de transmissão

Mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo; evolução do conceito de irreparabilidade

Humberto Ribeiro Soares
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1 — INTRODUÇÃO

As presentes razões fazem parte de uma petição inicial de mandado de segurança recentemente ajuizado (mar./85).

Tratava-se de um caso de impugnação, pela via do mandado de segurança, de ato judicial havido em processo de execução fiscal e passível de recurso **sem efeito suspensivo**.

A fração do conteúdo da referida petição inicial que buscou precisar o acerto do cabimento da medida, como preliminar, é, portanto, basicamente, a que consta do que se segue aqui.

O trabalho envolve pesquisa que se desdobra em duas partes, referidas, cada qual, aos sucessivos períodos:

- 1.º dos anos trinta até 1973;
- 2.º de 1973 até fins de 1984.

O ano de 1973 justifica-se porquanto, nele, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua composição plena, proferiu v. decisão projetando, de forma suavizadora, o entendimento do texto frio da Súmula n.º 267 (que afirma não caber mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, no que repete a redação do art. 5.º, II, da Lei n.º 1.533, de 31-12-1951).

A segunda parte da pesquisa (1973-1984) atualiza o comportamento da jurisprudência, não somente quanto a pronunciamentos do E. Supremo, quanto aos do Eg. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. E que evidencia que aquele entendimento passou a ser mais suavizado ainda, a par de se haver moldado um **sistema**, em oposição ao tratamento casuístico que a matéria vinha merecendo anteriormente por parte dos nossos tribunais.

II — ENTENDIMENTO DO EGRÉGIO SUPREMO ATÉ 1973

Na Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, que regula o mandado de segurança, encontra-se a disposição **in verbis**:

“Art. 5.º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

.....

II — de despacho de decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição;”

O princípio desaguou na Súmula do Eg. Supremo Tribunal Federal que, por seu verbete 267, fixou:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

Sem maiores e desnecessárias considerações a propósito dos conflitos que acabaram por gerar a Súmula 267 (cf. CASTRO NUNES, *In Do Mandado de Segurança*, 1980, pp. 82 e segs.) é fundamental a análise de como a vem, nos últimos tempos, tratando, adiante-se mesmo, temperando a Suprema Corte.

Ao julgar o Rec. Ext. n.º 76.909-RS, a 5-12-1973, o Col. TRIBUNAL PLENO da mais alta corte fê-lo verdadeiro **leading case** em matéria de mandado de segurança contra atos judiciais passíveis de recursos (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 70-II, pp. 504 a 522).

Em seu voto, o eminente Relator, Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, começa por considerar, o que chamou de “afitiva controvérsia”, a distinção entre decisões judiciais das quais cabam recursos com ou sem efeito suspensivo. Admitindo que a redação da Súmula 267, em não distinguindo, também não veda o entendimento de que “só as decisões de que cabia recurso com efeito suspensivo, ou correição provisória de eficácia, é que incorrem na proibição legal” (fls. 506/7), chega às seguintes constatações preliminares:

- 1.^a — a questão foi discutida, em mais de um caso, pelos precedentes que informaram a Súmula 267;
- 2.^a — em nenhum de tais casos o Eg. Supremo foi a admitir o mandado de segurança contra decisão judicial sujeita a recurso sem efeito suspensivo tão somente por este motivo;
- 3.^a — os julgados da Suprema Corte posteriores à Súmula 267 e até à data em que o douto relator estava a pronunciar-se (5-12-1973) haviam se comportado no mesmo diapasão, a despeito de tentativa de enfrentar “decididamente” a controvérsia.

Por tais motivos, o douto Ministro dispunha-se, porém, na oportunidade, a tratá-la com ânimo de decidir, e porque o Plenário estava diante deste (R.E. 76.909-RS) e de outro caso em que, em ambos, se feria o problema da exata interpretação da Súmula 267 (em sua pesquisa, o signatário concluiu tratar-se de que gerou o v. acórdão no R.E. n.º 69.974-RJ, publicado na *Revista Trimestral*

de *Jurisprudência* n.º 72-III, pp. 743 a 750, e datado do dia seguinte ao daquele, isto é, 6-12-1973). Ademais, provocara-o um excelente trabalho científico que consubstanciara o memorial do patrono da Recorrida, o eminente jurista GALENO LACERDA.

Dizendo, o eminente relator, que a questão era, já então, velha de mais de quarenta anos e não havia encontrado solução satisfatória, reporta-se a estudo doutrinário do jurista VICTOR NUNES LEAL datado da década dos cinquenta, ainda não aparecida a Lei n.º 1.533, em que este reclamava do

“prejudicial e lamentável **casuismo** com que o assunto vinha sendo tratado pela jurisprudência dos nossos Tribunais.” (grifo nosso).

Prosseguiu, entretanto, a tormenta sobrevindo a Lei n.º 1.533, acentuando o culto magistrado que

“o censurado **casuismo** continua a reger, fragmentariamente e **sem sistema**, o comportamento dos Tribunais.” (grifos nossos).

E aí se centrou a matéria, na perseguição de um **sistema**, um sistema cientificamente concebido. Pouco adiante (p. 512), o culto Relator, Sr. Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, aduz:

“VICTOR NUNES conclamou os Tribunais, no estudo a que já me referi, à formulação de um sistema capaz de resolver, de vez, o angustiante problema, e antecipadamente reclamou que tal sistema atendesse cumpridamente à distinção entre as questões do cabimento do mandado de segurança e do seu mérito, não lhes misturando os critérios. Mais tarde, confessou que a nova perspectiva do juiz, em que se veio a colocar, fê-lo admitir que certos critérios pertinentes ao mérito fossem considerados, numa espécie de prelibação, no exame da questão prévia do cabimento. Referia-se à noção de dano irreparável, que antes considerara inadequada ao encaminhamento da primeira e preliminar questão.” (R.T.J. — S.T.F., 70-II, p. 512).

Em busca da sistematização, o ilustre Ministro-Relator, adotou, basicamente, o método de verificar como se comportou o Eg. Supremo, “durante cerca de 20 anos de manipulação do remédio”, isto é, durante o lapso de tempo decorrido entre o estudo doutrinário do douto VICTOR NUNES e dezembro de 1973. E o fez da seguinte forma:

- 1.º — analisando 413 acórdãos classificados no capítulo do cabimento do mandado de segurança contra ato judi-

cial-pela meritória obra **O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência**, tomos I e II, de 1959 e 1960, produzida pela então Casa de Rui Barbosa, hoje Fundação (permita-se dizer, de passagem, que tal obra, que pesquisou, estudou e classificou 1.993 acórdãos sobre mandado de segurança, remontando aos anos 30, é de lamentar-se não haja sido atualizada);

2.º — acrescentou ao exame dessa pesquisa da Casa de Rui Barbosa a sua própria, atualizatória daquela, sobre, pelo menos, 81 acórdãos, detendo-se minuciosamente a escalpelá-los.

E conclui do exame:

“Dessa longa e penosa análise — penosa para mim que coligi esforçadamente, em várias fontes, os dados necessários, e para os colegas, que a estão suportando pacientemente resulta, para agravo desses males, desoladora conclusão: a jurisprudência, nossa e alheia, não ajuda decididamente na busca de diretrizes básicas que se possam adotar no tocante à afilativa questão. Cai, ao contrário, no casuismo que VICTOR NUNES qualificou de lamentável, e que, sem discordar inteiramente, não estou longe de considerar inevitável. Dela, o mais que se colhe são alguns critérios fragmentários, recolhidos aqui e ali, na medida em que orientaram este ou aquele julgado, e uma, pelo menos, sugestão conclusiva: a inadmissibilidade, a exceção.” (p. 512).

Mas ressalva significativamente, imediatamente a seguir:

“Tal sugestão decorre, contudo, de uma imposição meramente **quantitativa** (grifo nosso): é que a imensa maioria dos acórdãos analisados opta pela inadmissibilidade, sobrepunhando largamente a pequena minoria dos que admitem a medida.” (*idem, ibidem*).

Passando, aí, a examinar a sugestão do eminente VICTOR NUNES LEAL de, **para decidir-se a questão prévia do cabimento,**

tomar-se de empréstimo ao mérito, numa espécie de prelibação,

“a noção de dano irreparável”,

o Sr. Relator XAVIER DE ALBUQUERQUE obtempera que

“É difícil aos Tribunais, senão impossível, a elaboração de sistemas cientificamente concebidos. Julgando casos

concretos, cada qual com suas nuances próprias, e decidindo-os à luz dos princípios gerais e de suas muitas variantes, às vezes exceptivas, e mais, fazendo-o em momentos diversos, freqüentemente distanciados um do outro, só por casualidade poderão produzir decisões que, concatenadas, resultem na construção de um sistema homogêneo e simétrico. Essa é, parece-me, função da doutrina, que goza da franquia de especular **In abstracto** (...).”

E varrendo a doutrina (fala-se aqui de tudo quanto se passou até o ano de 1973), mostra-a, no particular, “muito dividida”. Entre aqueles juristas que: a) propugnam, uns, a admissibilidade apenas quando os atos atacados são de natureza tipicamente administrativa; b) consentem-se outros menos restritivamente, mas nos termos literais do art. 5.º, II, da Lei 1.533/51, cuja ampliação desaconselham; e c) ampliam, terceiros, a admissibilidade para os casos de atos sujeitos a recurso desprovido de efeito suspensivo.

Entre os primeiros, LUIS EULALIO BUENO VIDIGAL (1953), THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (1966).

Nos segundos, SEABRA FAGUNDES e ALFREDO BUZAID.

Terceiros: CASTRO NUNES e HELY LOPES MEIRELLES, no meio dos mais liberais.

Ainda fazendo demonstrar sua conclusão de que a doutrina se evidenciava “muito dividida”, o digno Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, no v. voto (R.T.J. — S.T.F., 70-II, p. 513), faz menção a duas tentativas feitas “no plano específico da sistematização de critérios conducentes a soluções prontas fáceis e abrangentes de quaisquer hipóteses concretas”, tentativas que, porém, resultaram objeto de restrições.

Prosseguindo no seu voto, o eminente Ministro refere-se, de novo, ao memorial do patrono do Recorrido, o jurista GALENO LACERDA, em ponto a que empresta seu endosso ainda que com pequena restrição meramente conotativa, segundo é impositivo concluir-se do seu brilhante voto:

“Na ordem jurídica” — escreve Sua Excelência no memorial, — “não se sufocam necessidades reais. Desamparadas de tutela jurídica, haverão elas de eclodir, pugnantemente, na doutrina e na jurisprudência, a reclamar o esforço construtivo do jurista e do juiz.

Por este motivo, na falta de recurso suspensivo, passou a ser utilizado, entre nós, o remédio que a Constituição de 1934, como a de 1946 e a atual consagravam, contra o ato ilegal de **qualquer autoridade**, a fim de obter-se, com o mandado liminar, a indispensável suspensão, e, com a sentença final a ser proferida no novo processo,

a desconstituição da interlocutória, nos casos excepcionais de dano, oriundo da ilegalidade.”

De passo em passo, termina Sua Excelência por propugnar o cabimento do mandado de segurança sempre que, não havendo da interlocutória recurso suspensivo, esta, todavia, causar dano, seja real, seja legal.” (p. 514).

E a restrição meramente conotativa do ilustre Ministro:

“De minha parte, creio que não cabe propriamente consertar o que se entenda ter sido erro, ou infelicidade do legislador. (...) Bem ou mal, o legislador optou pela restrição à recorribilidade das interlocutórias, e não lhe farei a injustiça, **data venia**, de supor que o motivou a ignorância do velho direito e da tradição luso-brasileira.

Nem por isso, porém, inadmito pura e simplesmente o uso do mandado de segurança contra atos ou decisões judiciais. Sequer poderia fazê-lo, pois o próprio legislador o admite, ainda que restritivamente.” (p. 514).

Esta maneira de ver de Sua Excelência, **lato sensu**, a regra do art. 5.º, II, da Lei 1.533/51 e, antes dela, a autorizativa maior do § 21, do art. 153, da Constituição Federal (“seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”). Cabível mandado de segurança contra ato judicial propriamente dito sujeito a recurso, com certas restrições.

Porém, como adita,

“Na fixação das linhas dessa restrição é que bate o ponto.”

o que passa a fazer, como sucedâneo do sistema científico ou, quiçá, como o próprio, que lhe fora pedido, como visto, e que lhe parecia difícil de obter, ou, pelo menos, difícil de obter naquela ocasião e situação (pelo visto, provavelmente também político-histórica do país).

Finalmente, conclusivamente, daí, erigiu o douto Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, como relator, seu entendimento-síntese, normativo a bem dizer, magistralmente sumular, que o Eg. Pleno da Suprema Corte, ainda que por maioria, endossou:

“EM SUMA, CONDIÇÕES PARA A ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL SÃO, PARA MIM, A NÃO-SUSPENSIVIDADE DO RECURSO ACASO CABÍVEL, OU A FALTA DE ANTECIPAÇÃO DE

EFICÁCIA DA MEDIDA DE CORREIÇÃO A QUE TAMBÉM ALUDE A LEI; UMA OU OUTRA SOMADAS AO DANO AMEAÇADO POR ILEGALIDADE PATENTE E MANIFESTA DO ATO IMPUGNADO E, COM MENOR EXIGÊNCIA RELATIVAMENTE A TAL ILEGALIDADE, AQUELE EFETIVA E OBJETIVAMENTE IRREPARÁVEL.” (p. 515).

Uma só chega a tal consideração é cabível, até porque constante do próprio e v. voto: a que conceitua a figura do dano, ou melhor, dos danos, o dano **ex jure** e o dano real.

De transcrever-se, por amor à fidelidade:

“O dano irreparável, ameaçado pelo ato que se quer impugnar, parece-me idôneo e útil à solução de cada caso concreto. Este, porém, é critério de determinação **a priori** igualmente difícil, não tanto quanto à eficácia danosa do ato questionado, como quanto à efetiva irreparabilidade do mal ameaçado, se concretizado. Por isso, afasto, de logo, **pelo menos em sua generalidade** (grifo nosso), o dano **ex jure**, cuja irreparabilidade se tem como adjeta da ilegalidade do ato causador. Por um lado, sua aceitação incondicional produziria, na prática, o resultado anômalo de admitir-se mandado de segurança contra a virtual totalidade das decisões agraváveis e apeláveis apenas devolutivamente, pois de todas se diria, como se diz nos agravos e nas apelações, serem ilegais por decidirem contra a vontade da lei, ou à margem dessa vontade. Por outro lado, a noção de ilegalidade pode entender-se em termos de intensidade e gradação, tal como fez este Supremo Tribunal relativamente ao cabimento, que nesse ponto oferece alguma afinidade com o discutido, do recurso extraordinário pela letra a, do que é patente exemplo a Súmula 400. Só admito, portanto, relativamente ao dano **ex jure** e assim mesmo em linha de princípio, aquele que se faz timbrar por ilegalidade patente ou manifesta do ato que o ameaça, idéia que penso poder abranger, como em alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal, as hipóteses de radical incompetência **ratione materiae**, ou de falta pura e simples de jurisdição. Quanto ao dano real, que resulta da sua própria natureza, aperto-lhe as cravelhas da **irreparabilidade**, na qual ponho ênfase definitiva e da qual faço certa aproximação, ainda que em termos elásticos, com a impossibilidade objetiva de reparação.” (p. 515).

Assim, em conclusão, o voto do eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE admitia mandado de segurança contra ato judicial

passível de recurso desprovido de efeito suspensivo e desde que o dano provocado pelo ato impugnado fosse **irreparável**; e suavizou a Súmula 267.

III — ENTENDIMENTO DO EGRÉGIO SUPREMO DE 1973 ATÉ HOJE

1 — A necessidade de apurar como se pronunciou o E. Supremo após o julgamento (que ocorreu a 5-12-1973) a que até aqui vinha se referindo o presente trabalho, levou o signatário a proceder a uma pesquisa dos arestos pertinentes daquela Col. Corte.

Assim, foram examinados todos os volumes da **Revista Trimestral de Jurisprudência** — STF, desde o 70-II (de nov./74) até o 110-II (nov./84), portanto, o total de 126 tomos, cobrindo os últimos 10 anos de publicação de acórdãos daquele Eg. STF.

Pesquisou-se um total de 85 acórdãos sobre a matéria específica e de alguma forma afim, para, finalmente, fixar-se em 14 diretamente sobre o tema específico e que foram os seguintes:

- RE 69.974, 06-12-73, Pleno, Rel. Min. ELOY ROCHA; RTJ-72/743;
- RE 78.800, 09-08-74, 1.^a T., Rel. Min. DJACI FALCÃO; RTJ-74/473;
- RE 84.181, 15-03-77, 1.^a T., Rel. Min. ANTONIO NEDER; RTJ-81/879;
- RE 80-191, 28-04-77, Pleno, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO; RTJ-87/96;
- RE 88.076, 02-12-77, 2.^a T., Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE; RTJ-84/1.071;
- RE 68.793, 09-12-77, 1.^a T., Rel. Min. ANTONIO NEDER; RTJ-85/120;
- RE 83.904, 19-06-78, 2.^a T., Rel. Min. LEITÃO DE ABREU; RTJ-89/159;
- RE 83.355, 17-04-79, 1.^a T., Rel. Min. THOMPSON FLORES; RTJ-91/181;
- RE 86.799, 18-09-79, 1.^a T., Rel. Min. THOMPSON FLORES;
- RE 90.653, 13-05-80, 2.^a T., Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, RTJ-95/339;
- RE 88.233, 29-04-80, 1.^a T., Rel. Min. THOMPSON FLORES, RTJ-96/1.192;

— RE 93.393, 10-02-81, 2.^a T., Rel. Min. CORDEIRO GUERRA; RTJ-97/916;

— RE 92.107, 14-09-82, 1.^a T., Rel. Min. OSCAR CORRÊA; RTJ-103/215;

— RE 97.413, 14-12-82, 2.^a T., Rel. Min. CORDEIRO GUERRA; RTJ-105/809.

Preliminarmente, cabe assinalar que, já a quando do julgamento do RE 76.909-RS (5-12-73) de que foi relator o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE sobre que o item imediatamente anterior do presente trabalho tratou, decidiu a bem dizer enfaticamente, a Col. Corte, por sua composição plena, por dar entendimento **suavizador** ao texto frio da Súmula 267.

O próprio insigne relator consignou por seu voto:

“Proferi longo voto, longo em demasia, para tentar **projetar o verdadeiro sentido** dessa Súmula (a 267), e estou seguro de que, na sua projeção, **minorei bastante o que pode parecer o seu sentido literal e restrito.**”
(grifos nossos).

Recorde-se que Sua Excelência, mesmo minorando bastante, por seu entendimento, o sentido literal e restrito da Súmula 267, exigia que o **dano** satisfizesse à característica da

IRREPARABILIDADE

Ora, já mesmo neste exato julgamento, dois dos demais ilustres membros do mais alto Pretório que lhe fizeram eco na minoração, foram, até, mais benévolos quanto à conceituação de **dano**.

O eminente Min. RODRIGUES ALCKMIN bastava-se em tê-lo como

“de reparação impossível ou incerta”,

ou

“lesão de difícil e incerta reparação”,

ou

“dano de difícil ou incerta reparação”,

como se vê às páginas 516-17 da RTJ-STF, v. 70-II.

E o douto Ministro THOMPSON FLORES admitia o dano como de

“difícil ou impossível reparação”.

(p. 521).

Portanto, parece claro que entenderam, assim, ambos, que, se a irreparabilidade do dano justificava o mandado, algo menos exigente em termos de qualificação de dano, isto é, a **difícil ou incerta** reparação, também o faria.

E tal entendimento prosperou ao longo dos anos seguintes, acrescentando-se, até, o da figura da

“demora no julgamento do recurso não suspensivo.”

Essa situação verifica-se, “v.g.”, em voto contido no acórdão ao RE 83.904-SP, de 19-06-78, cujo relator foi o eminente Ministro CUNHA PEIXOTO (RTJ-89, p. 159), e que firma:

“(. . .) demora no julgamento do aludido recurso seria suscetível, segundo o acórdão recorrido, de acarretar lesão irreparável ao direito do impetrante.”

E tanto foi assim que, dos quatorze acórdãos seleccionados pela pesquisa a que se refere o presente item, nove agasalham o tratamento mais benévolo, ou seja, o que acolhe a

reparação difícil, ou incerta, ou demorada.

A qualificação de **difícil ou incerta ou demorada** para a reparação (diversa de **irreparabilidade**) do dano foi aceita pelos acórdãos nos seguintes recursos extraordinários: 69.974/73; 80.159/77; 84.181/77; 83.355/79; 83.904/78; 86.799/79; 90.653/80; 88.233/80; 93.393/81.

Os demais acórdãos tratam de irreparabilidade; mas, se o fazem, não parecem, com isto, estar a conflitar com aqueles. Resulta impositiva a inteligência do que se o dano deva ser de difícil ou incerta ou demorada reparação, com mais razão até justifica-se a medida, se irreparável for.

Significativo, ademais, é que falem, os mencionados arestos, expressamente, em “abrandamento” ou “suavização” ou “abrandamento da rigidez” ou “temperamento” da Súmula 267.

Vale dizer, também, que muitos dos arestos tratados cuidam somente de **ameaça**, protetoramente, o que se deve interpretar, **data venia**, como o conceito do “justo receio” contemplado no art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51.

Assim, o **quadro sinótico** que estampa o sistema de aferição de pressupostos para cabimento de mandado de segurança contra ato judicial propriamente dito, tem, atualmente, a seguinte configuração:

	PRESSUPOSTO	FONTE
1.º	direito líquido e certo não amparado por habeas corpus.....	CF, art. 153, § 21
	MAIS	
2.º	ilegalidade ou abuso de poder.....	CF, art. 153, § 21
	MAIS	
3.º	violação ou seu justo receio (ameaça)..	CF e Lei n.º 1.533, art. 1.º
	MAIS	
4.º	existência de recursos ou correição.....	Lei n.º 1.533, art. 5.º, II e Súmulas 267 e 268
	MAIS	
5.º	falta de efeito suspensivo ao recurso ou falta de antecipação provisória de eficácia da correição.....	jurisprudência; voto do eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE
	MAIS	
6.º	dano ex jure decorrente de ilegalidade patente ou manifesta	
	OU	
	dano real irreparável.....	voto do eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE
	OU	
	dano de difícil reparação	
	OU	
	dano de incerta reparação	
	OU	
	dano de demorada reparação	jurisprudência atual STF

Mas foi muito relevante, para os fins do mandado de segurança que gerou o presente trabalho, reformar-se a ocorrência, dentre os selecionados quatorze acórdãos, de dois que julgam cabível a segurança para a hipótese de prorrogação, de prazo processual previsto em lei, por parte de magistrado.

Um está assim ementado:

“Mandado de segurança. É cabível contra decisões judiciais contra as quais não caiba recurso com efeito suspensivo, originando dano de difícil reparação.

Precedentes do STF dando exegese ao art. 5.º, II, da Lei n.º 1.533/51 e fazendo aplicação da Súmula 267.

II — Prorrogação pelo magistrado sem amparo legal, do prazo do art. 352 do Código de Processo Civil de 1939, originando dano de difícil reparação.

III — Recurso extraordinário que se não conhece, por ausência dos seus pressupostos.” (ac., 1.ª Turma, STF, RE n.º 83.355-RS, Rel. Min. THOMPSON FLORES; “Rev. Trim. Jurisp. v. 91-I, p. 181).

O outro foi proferido no RE 86.799, pela Col. 1.ª Turma, tendo como relator o Sr. Min. THOMPSON FLORES (Rev. Trim. Jurisp., v. 94, p. 274), e remete àquele.

Logo, se a prorrogação de prazo processual fixado no Código de Processo Civil, pelo magistrado, autoridade tida como coatora, sem amparo legal, fez originar “dano de difícil reparação”, ensejando, pois, mandado de segurança, igualmente a redução de prazo — hipótese que alvejou o mandado *in casu* — deve fazê-lo, e os dois retromencionados arestos fazem as vezes de excelentes paradigmas.

III-2 — ENTENDIMENTO DO EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Pesquisa também feita nos volumes publicados do Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Editora Liber Juris, ano 1/1980, ano 2/1981, ano 3/1982), demonstra a seguinte situação:

V. do ano 1(1980):

— ementa 1.225, p. 250 — recurso não suspensivo, dano irreparável;

V. do ano 2(1981):

— ementa 2.662, p. 259 — recurso não suspensivo, dano irreparável;
— ementa 2.663, p. 260 — *idem*;

— ementa 2.664, p. 260 — *idem*;
— ementa 2.665, p. 260 — sustar despacho de que cabe recurso não-suspensivo;
— ementa 2.666, p. 260 — *idem*;
— ementa 2.668, p. 261 — recurso não-suspensivo, risco de dano irreparável;
— ementa 2.669, p. 261 — recurso não-suspensivo, casos excepcionais.

V. do ano 3(1982):

— ementa 4.087, p. 218 — difícil ou impossível reparação;
— ementa 4.089, p. 219 — incabível de recurso, “ainda que com efeito meramente devolutivo, salvo para prevenir lesão material de alta monta”;
— ementa 4.088, p. 218 — dano irreparável;
— ementa 4.094, p. 220 — suprir não-suspensividade de recurso;
— ementa 4.100, p. 220 — *idem*;

V. do ano 4(1983):

— ementa 5.638, p. 245 — recurso não-suspensivo, prejuízo irreparável;
— ementa 5.649, p. 248 — recurso não-suspensivo, possibilidade de dano irreparável;
— ementa 5.639, p. 246 — recurso não-suspensivo, perigo de lesão grave e irremediável;
— ementa 5.644, p. 247 — recurso não-suspensivo, evidente possibilidade de prejuízo de difícil reparação, liminar concedida.

O que ratifica as conclusões constantes do quadro-resumo estampado pelo item III-1 do vertente trabalho.

IV — CONCLUSÃO

Vale considerar, finalmente, que a difícil, a improvável, a incerta ou a demorada reparação da lesão como propiciadora da concessão do writ confortam situação que não é estranha ao atual Direito Positivo Brasileiro.

Com efeito, se é verdade que o nosso sistema processual erigiu a sentença, a bem dizer, como a forma ensejadora da manifestação da tutela jurisdicional, também é verdade que a não fez como única, ainda que se possa acetar como a principal.

É que no processo cautelar, além dos procedimentos cautelares específicos, erige o Código de Processo a cautelar inominada, que o juiz poderá determinar quando

- a) houver **receo** fundado;
- b) **antes** do julgamento da lide possa ocorrer lesão;
- c) seja essa lesão grave e de **difícil reparação**.

Aí está, no art. 798 do Código de Processo Civil, a figura da lesão de **difícil reparação** (e não a lesão irreparável propriamente).

Cuja caracterização pode exsurgir, menos exigentemente, do simples (ainda que fundado) **receo** de sua ocorrência, que bastará; e não necessária a sua consumação. E **anteriormente** ao julgamento da lide.

E ao juiz, então, é permitido "autorizar ou vedar a prática de determinados atos" (art. 799) para **evitar o dano** e até conceder liminarmente a medida "**sem ouvir o réu**" (art. 804).

E mais: se a causa estiver no tribunal, a medida, incidente portanto, terá ao próprio **relator do recurso** como competente para deferi-la, o que significa constatar-se que é amplíssimo o espectro de proteção que a lei concede.

Mas também a liminar em mandado de segurança propiciada pela própria lei reguladora do **writ**, a Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, endossa o princípio. Fá-lo ao dispor:

"Art. 7.º — Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

.....
II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida."

É o **periculum in mora** tutelado por diversas disposições do Direito Positivo Brasileiro.

Incidência do ICM sobre fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes, bares e similares

C. A. da Silveira Lobo
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

I — EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

Tem-se questionado a legitimidade da cobrança do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares sob a alegação de que a base de cálculo do tributo, no caso, não está prevista na lei ordinária estadual.

Sustentam os defensores dessa tese que o Decreto-Lei n.º 5/75 (Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro) define três fatos geradores do tributo, no seu artigo 4.º, a saber:

- I — a saída de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;
- II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior;
- III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

Acontece que, sustenta-se ainda, o mesmo Decreto-Lei n.º 5/75, no seu artigo 14, ao fixar as bases de cálculo do tributo, contemplou minuciosamente a **saída** e a **entrada**, previstas como fatos geradores nos incisos I e II supra citados, mas omitiu a base de cálculo do tributo em relação ao fato gerador previsto no item III, ou seja, o **fornecimento** de alimentação e bebidas.

O art. 97 do CTN, finalizam, impõe a fixação da base de cálculo por lei, para que o tributo possa ser cobrado.

Essa tese parece muito simples e muito clara, embora não se lhe possa disfarçar o odor de quem, espertamente, pensa surpreender uma fresta na lei, para eximir-se de uma obrigação que sabe ser devida. Ocorrerá seriamente a alguém que o objetivo da lei seja eximir da tributação o fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes e bares?

Por outro lado, entretanto, a tese atrai porque é bastante superficial para ser entendida sem maior esforço e, como toda tecnicali-