

ICM. Fornecimento de Bebidas e Alimentos. Base de Cálculo. Ação Declaratória. Depósito Preparatório

Mandado de Segurança N.º 521-Rio de Janeiro Oitava Câmara Cível

Impetrante: Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Juiz de Direito da 3.ª Vara de Fazenda Pública (Comarca da Capital)

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador infra-assinado, vem, com fulcro no art. 153, § 21, da Constituição Federal, o art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, e demais preceitos legais atinentes à espécie, e com fundamento no art. 6.º, inc., I, letra a do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

Contra ato praticado pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, pelas relevantes razões de fato e de direito a seguir expostas.

I — DOS FATOS

1. Através de Ação Cautelar ajuizada perante a 3.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, pleiteia R.R. RESTAURANTE CA-RIOCA, empresa estabelecida nesta cidade, na Av. Alvorada, n.º 2.150, bl. 5, loja A, a concessão da medida cautelar nominada, consistente em depósito mensal de montante equivalente ao ICM incidente sobre sua atividade comercial — fornecimento de alimentação e bebidas —, e que contesta ser devido.
2. Tal depósito teria o condão, segundo pretende a referida empresa, de suspender a exigibilidade do crédito tributário, à luz do art. 151, inc. II do CTN.
3. A ação principal, anunciada pela Requerente, terá natureza **declaratória**, em que tentará provar que inexistente relação jurídico-tributária entre ela e o Fisco Estadual, por faltar previsão legal da base de cálculo do ICM correspondente ao fato gerador constituído pela sua atividade mercantil.

4. Formulou, ainda, a Requerente daquela medida, pedido de concessão da liminar **inaudita altera parte**, por entender presentes os seus pressupostos.

5. Em face de tal situação, deferiu o MM. Juízo impetrado, sem ouvir o Estado, liminar requerida em despacho datado.

6. É contra essa r. decisão, e pelos fundamentos jurídicos a seguir expostos, que impetra o Estado do Rio de Janeiro o vertente **mandamus**, salientando ter recorrido, tempestivamente, de tal decisão, através de AGRAVO DE INSTRUMENTO, **recurso sem efeito suspensivo**.

II — DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

7. O cabimento do mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo tem sido admitido quase unanimemente pela jurisprudência, malgrado o disposto no art. 5.º inciso II da Lei n.º 1.533, de 31.12.1951 e na Súmula 267, do STF, desde que presente a possibilidade de que, de tal ato, decorra um dano real, de difícil, incerta e demorada reparação.

8. Em brilhante trabalho de pesquisa publicado na **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro** (n.º 38, 1986, p. 17-30 — cópia em anexo), o Procurador do Estado HUMBERTO RIBEIRO SOARES demonstrou a evolução da Jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do nosso Estado a respeito do cabimento do **writ** contra decisão judicial passível de recurso.

9. A partir do posicionamento decorrente da interpretação literal do aludido art. 5.º da Lei n.º 1.533, consubstanciado no verbete 267 da Súmula do STF, de que:

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

10. Evoluiu aquela Corte no sentido de suavizar essa restrição, inicialmente admitindo o mandado de segurança sempre que houvesse o perigo de dano irreparável, em seguida admitindo-o se o dano esperado fosse de difícil e incerta reparação, até os dias de hoje, em que passou a exigir apenas a possibilidade de que, do ato judicial **impugnado através de recurso sem efeito suspensivo** (como na hipótese em foco), decorra alguma espécie de dano à parte.

11. Também essa evolução, no sentido de admitir o remédio heróico em hipóteses cada vez mais diversas, verificou-se no âmbito do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme demonstrou o aludido Autor no trabalho de pesquisa acima citado.

12. Em suma: é admissível mandado de segurança contra decisão judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, segundo se depreende da mais recente jurisprudência do STF e desse E. Tribunal de Justiça, desde que:

- a) interposto, tempestivamente, o recurso cabível na espécie;
- b) presente a possibilidade de dano real de difícil, incerta ou demorada reposição.

Na hipótese em apreço, ambos os pressupostos estão presentes, ensejando o cabimento do **MANDAMUS**.

III — DA POSSIBILIDADE DE DANO

13. O deferimento liminar do depósito judicial como medida cautelar inominada, que ora se ataca, sobre ter sido feito ao arrepio da lei, acarreta ao Estado incomensuráveis prejuízos de ordem jurídica e financeira.

14. A uma, porque, com tal medida ilegal, vê-se o Estado-Impetrante tolhido em sua competência constitucional de arrecadar os tributos que lhe foram atribuídos pela Constituição Federal, o que, em última análise, afronta o preceito contido no art. 6.º da Carta Magna.

15. A duas, porque, estando o montante mensal de ICM depositado à disposição do Juízo, priva-se o Estado-Impetrante de tê-lo, ao final de cada mês, como receita, a qual só poderá ser utilizada após o término da ação principal.

16. A três, porque o deferimento desta liminar, e de tantas outras em casos idênticos, tem servido de estímulo a centenas de contribuintes que, na esteira de tal ilegalidade perpetrada pelos Juízos de 1.º grau, têm requerido o depósito em Juízo, mês a mês, dos impostos que estão obrigados a recolher aos cofres públicos, alegando serem devidos por várias razões.

17. Segue daí que essa utilização pelos contribuintes de um meio que, posto contrário à lei, tem recebido a aquiescência do Poder Judiciário, está acarretando às finanças públicas do Estado do Rio de Janeiro gravíssimos prejuízos, mormente em época, como a que se vive, de extrema escassez de recursos financeiros.

18. Tudo isso está a demonstrar a gravidade do dano que a concessão da referida liminar pode acarretar ao Erário Público, dano este de quase impossível reparação, o que impõe a esse E. Tribunal uma tomada de posição urgente e eficaz, inclusive com a concessão da me-

da, **initio litis**, suspendendo, a luz do art. 7.º, inc. II da Lei n.º 1.533, a decisão que ansejou a presente impetração, até definitiva decisão do recurso tempestivamente interposto e atualmente em fase de processamento.

IV — DA MANIFESTA ILEGALIDADE DA DECISÃO ATACADA

19. Demonstrada a existência dos pressupostos de cabimento do vertente mandado de segurança, passa-se, a seguir, a evidenciar a ilegalidade do ato praticado pelo MM. Juízo impetrado, tendo em vista que:

- a) a concessão da liminar, através da decisão impetrada, por ser absolutamente inoportuna, não encontra respaldo legal;
- b) é incabível medida cautelar preparatória de ação declaratória;
- c) não estão presentes, na hipótese, os pressupostos da cautelar: O **FUMUS BONI JURIS** e o **PERICULUM IN MORA**.
- d) o pedido de depósito sucessivo, mês a mês, do imposto, por ser genérico, é juridicamente impossível (v. art. 286 do CPC).

V — DA INOPORTUNIDADE E ILEGALIDADE DA CONCESSÃO DA LIMINAR

20. **Data venia**, é inoportuna a concessão da liminar **inaudita altera parte**.

21. A concessão de medida cautelar, em ação cautelar, pertence ao poder discricionário do Juiz, mas tal discricção encontra um limite imposto pelo art. 804 do CPC, ao fixar a sua oportunidade:

“Art. 804 — É lícito ao Juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, **quando verificar que este**, sendo citado, poderá torná-la ineficaz. (...) (grifamos).

22. Doutrina e jurisprudência, com fulcro em tal preceito legal, têm afirmado o rigor com que o Juiz deve aferir a condição imposta para a liminar, sem que, com isso, deixe o órgão judicial de agir, nesse exame, com discricionariedade.

23. Na excelente obra *Processo Cautelar*, do consagrado HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, se lê:

“De sorte que a faculdade conferida ao Juiz no art. 804 só deve ser exercida quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias do fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mes-

mas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada." (in *Processo Cautelar*, Ed. Universitária de Direito, 4.ª edição, p. 136).

24. Também o festejadíssimo GALENO LACERDA, em seus **Comentários ao CPC**, é taxativo:

"Decretam-se (as liminares) sem audiência do réu, antes da citação, quando o Juiz, pela exposição dos fatos, documentos produzidos, justificação exigida, ou demais elementos de prova, chegar à convicção de que, com a citação, poderá o demandado tornar ineficaz a medida, pela alienação, subtração ou destruição do respectivo objeto, ou qualquer outro meio de oposição direta ou indireta à providência, capaz de causar dano a outra parte" (in **Comentários**, 2.ª ed., p. 340, Forense, v. VIII, Tomo I).

25. Nessa esteira caminha firmemente a Jurisprudência, como se vê dos acórdãos seguintes:

"Não há dúvida de que o art. 804 do CPC concede à autoridade judicial certo arbítrio na apreciação dos motivos de fato que o levam a deferir liminarmente a medida cautelar sem ouvir a parte ré. **Mas só quando verificar** — é a expressão incisiva da lei — **que o citado possa, de má fé, tornar ineficaz a precaução a ser adotada pelo Juiz**. Isto é, a regra contém implícita clara recomendação de prudência." (Ac. do Cons. de Just. do TJBA, de 3.8.77, Rel. Des. CARVALHO FILHO, citado por ALEXANDRE DE PAULA, in **O Processo Civil à Luz da Jurisprudência**, Forense, v. VII, p. 274 — grifo nosso).

"O Cód. Proc. Civil, no seu art. 804, confiou ao prudente arbítrio do Juiz a faculdade de conceder liminarmente a Medida Cautelar, sem ouvir o réu, "quando **verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz**." (Ac. Unân. da 2.ª Câm. do TJSC, de 29.6.78, rel. des. NELSON KONRAD, **Jurispr. Catarinense**, v. 19/20, p. 308 — grifo nosso).

"A concessão de medida cautelar **inaudita altera parte** tem caráter excepcional e violento, reclamando não só uma certa prudência no exercício do arbítrio judicial quanto à sua concessão, como a presença de elementos extremamente graves revelados de plano; e que, por isso mesmo, devem ter sua análise repassada minudentemente pelo julgador, a demonstrar o seu convencimento quanto à necessidade da mesma. A concessão de liminar em processo cautelar, se-

gundo a doutrina, é decisão e, em condições tais, deve ser suficientemente motivada, de modo a justificá-la quanto às razões do convencimento (...)" (Ac. Unân. da 5.ª Câmara do 1.º T.A. Cív. — SP, de 26.09.79, rel. Juiz YUSSEF SAID CAHALI, **Julgs. dos TAs. Civs. SP**, v. 62, p. 57).

26. Essa parcimônia e prudência com que deve agir o Juiz, ao conceder a liminar, cresce em intensidade quando a medida é concedida contra pessoa jurídica de direito público.

27. Tal assertiva se vê justificada a partir de duas constatações:

a) a primeira refere-se à presunção de legitimidade dos atos administrativos, o que de plano afasta a possibilidade de o Estado, citado para uma ação cautelar, agir, de má fé, com o fito de tornar ineficaz eventual providência cautelar do órgão judicial;

b) A segunda resulta de uma visão panorâmica do ordenamento jurídico pátrio, no qual se detecta a existência de inúmeros preceitos que, ou suprimem a possibilidade de concessão de medidas liminares contra pessoas jurídicas de direito público, ou as limitam ao máximo. Citem-se, apenas com ânimo exemplificativo, as Leis n.ºs 2.770, de 04.05.56, 4.348, de 26.06.64, 5.021, de 09.06.66 e o próprio CPC, que no seu artigo 928, parágrafo único, não permite a reintegração ou manutenção liminar na posse contra as pessoas jurídicas de direito público; "sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais." Isso resulta da evidente preocupação do legislador em evitar que o remédio extremo da liminar seja ardilosamente utilizado contra os entes públicos.

28. Pelo exposto, percebe-se que a concessão da liminar, pela r. decisão impugnada, desrespeitou o art. 804, acima transcrito, ferindo direito líquido e certo do Estado-Impetrante.

VI — DO NÃO-CABIMENTO DE CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA

29. Sendo a ação principal anunciada de natureza **declaratória**, incabível se afigura a medida cautelar requerida, tornando ainda mais manifesta a ilegalidade perpetrada pela r. decisão impetrada.

30. Pela ação declaratória, busca o Autor um bem jurídico específico, consubstanciado na **certeza jurídica** obtida pelo provimento judicial, esgotando-se nisso sua finalidade.

31. Tal assertiva está a tal ponto consolidada em sede doutrinária que o insuperável PONTES DE MIRANDA chega a ver no art. 4.º, do

CPC, que autoriza o exercício da ação declarativa, uma norma de direito substantivo, que cria a pretensão de **certeza jurídica**. É o seguinte o seu Magistério:

“Assim, está claro que a ação declarativa pressupõe a pretensão à **tutela jurídica**, na sua parte que é a de pretensão à sentença (e não à execução), e se funda nos requisitos que para o exercício da pretensão à declaração, se impõem à ação declarativa, cujo remédio jurídico processual é o processo ordinário. Por onde se vê que o art. 4.º é regra de direito processual, uma vez que cria pretensão e ação” (in **Comentários ao CPC**, Tomo I, p. 166, os grifos são do original e nossos).

32. Ora, disso resulta uma total desvinculação da ação declaratória a eventual dano jurídico, a ser sofrido pelo Autor, sendo certo que não visa ela a evitar a ocorrência desse dano. Daí a insistência da doutrina moderna em refutar a sua caracterização como **tutela preventiva** (vide, a propósito, CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Ação declaratória principal e incidente**, 4.ª ed. Forense, p. 59 e segs. sobretudo p. 69 e 71, e PONTES DE MIRANDA, **ob. cit.**, p. 177).

33. A evidência do que se afirmou é confirmada em sede de direito positivo pátrio, pelo que dispõe o art. 4.º, parágrafo único, do CPC, que admite seja a ação declaratória proposta **ainda que tenha ocorrido a violação do direito**.

34. Dessa desvinculação da tutela declaratória, que veicula mera pretensão à **certeza jurídica**, a eventual dano jurídico a ser suportado pelo demandante resume, com solar clareza, a indefectível falta de interesse da Autora na medida requerida.

35. É oportuna a transcrição, nesse passo e ainda uma vez, da magistral lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“Nasce, assim, medida cautelar preordenada a servir a um posterior provimento definitivo, com o escopo de prevenir um perigo, isto é, de evitar um possível dano jurídico. Mas não qualquer dano jurídico, e sim **aquele que se situe, precisamente, na provável ineficácia ou deficiência da solução do processo principal, caso haja a medida preventiva**” (in, **ob. cit.**, p. 64, grifo nosso).

36. Por mais que tente, não consegue o Estado-Impetrante vislumbrar qualquer ameaça à eficácia do futuro provimento judicial, a ser proferido na ação principal, que, formulando **apenas** um preceito, afirmará uma **certeza jurídica** acerca da existência, ou não, da relação jurídica entre o Fisco e a Autora.

37. Vê-se, pois, que, inadmitindo a ação declaratória execução específica, porquanto seu objetivo é alcançado pelo provimento judicial em si mesmo, descabe a medida cautelar, que visa apenas, a garantir o resultado útil e eficaz do processo principal.

38. Esse entendimento foi, aliás, pacificamente esposado pelo Tribunal Federal de Recursos, que repeliu tentativa dos mutuários do SFH de depositar o valor das prestações através de ação cautelar, enquanto tramitava ação declaratória principal. Assim se manifestou o Ministro CARLOS M. VELLOSO, em acórdão que sintetiza o posicionamento unânime daquela Corte:

“Indeferimento da medida cautelar, por não ser ela cabível em ação declaratória (CPC art. 4.º, I), por isso que a sentença desta é preceito, que não gera execução. A medida cautelar, todavia, visa a garantir, no futuro, a reparação. Inconciliáveis, pois, o conceito de ação declaratória, que visa, apenas a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, com o processo cautelar, que visa a garantir a eficácia da prestação jurisdicional que se encontrava em perigo pelo risco da demora” (Ac. Unân. da 4.ª Turma do TRF, no A.I. n.º 44.936-RN, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Publ. no D.J.U. de 09.11.84).

39. Citem-se, também nessa esteira, os acórdãos proferidos nos seguintes recursos:

- A.I. n.º 44.950. — RN, publ. no D.J.U. de 26.06.86;
- A.I. n.º 44.829. — RN, publ. no D.J.U. de 24.10.85;
- A.I. n.º 44.824. — RN, publ. no D.J.U. de 07.04.86;
- A.I. n.º 43.383. — RJ, publ. no D.J.U. de 07.04.83.

VII — DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA AÇÃO CAUTELAR

40. Tudo o que se expôs se vê agravado pelo fato, incontestável, de não estarem presentes, na hipótese, os pressupostos imprescindíveis da cautelar: a probabilidade do direito alegado e o risco de que decorra algum dano a ele, pela demora do acerto judicial.

41. A plausibilidade do direito a ser deduzido na ação principal inexistente, em face da jurisprudência mansa e pacífica desse E. Tribunal de Justiça, que fixou na Uniformização de Jurisprudência n.º 001/87, requerida na Apelação Cível n.º 986, 5.ª Câmara Cível, publicado no D.O. de 30.09.87, o seguinte:

“**SÚMULA** — Previsto, como está, em lei estadual, a base do cálculo, legítima é a exigência do I.C.M., no fornecimento de

alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.”

42. Também o **PERICULUM IN MORA** não está demonstrado. Este se caracteriza, segundo UNÍSSONA manifestação da doutrina, pelo risco de lesão grave e de difícil reparação (CPC. art. 798, **in fine**), traduzido por uma alteração na situação de fato de tal modo que venha a desequilibrar a situação estabelecida entre as partes. Por isso, OVÍDIO A. BATISTA conclui que “o perigo preexistente ou coexistente com o nascimento da pretensão não justifica a tutela cautelar” (**Apud** HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **ob. cit.**, ed. Universitária de Direito, 1973, p. 79).

43. Também PONTES DE MIRANDA, citado pelo mesmo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, se alinha entre os que consideram que as medidas cautelares supõem **superveniência** dos fatos e necessidade de se manter o **status quo**.

44. Ora, **in casu**, tal não ocorre. Há vários anos vem a Autora recolhendo o ICM, que repassa para seus clientes, embutido que é no preço das refeições e bebidas fornecidas e, sendo reconhecida a ilegitimidade da exigência fiscal, possibilita-lhe a lei a formulação do pedido de repetição do indébito.

45. Salta aos olhos, pois, a inexistência do invocado **PERICULUM IN MORA**.

VIII — DA IMPOSSIBILIDADE DE SER DEFERIDO O DEPÓSITO MENSAL

46. Por fim, ainda que ultrapassados todos os argumentos, até aqui expendidos, concluindo-se pelo cabimento da cautelar e, **a fortiori**, da liminar, há uma irregularidade do pedido de depósito cautelar a inquirir de ilegalidade a r. decisão impetrada.

47. É que requereu a Autora, e deferiu liminarmente o MM. Juízo impetrado, o depósito mensal do montante do ICM devido em sua atividade, enquanto tramitar a ação declaratória principal.

48. **Data venia**, tal pedido não encontra amparo legal.

49. Isto porque a ação declaratória principal deverá conter um pedido certo e determinado, ao teor da exigência contida no art. 286 do CPC, sob pena de ser juridicamente impossível, o que significa que deverá ela ter por objeto alguma ou algumas relações jurídico-tributárias perfeitamente individualizadas.

50. Como se sabe, cada vez que se verifica a ocorrência do fato gerador — fato jurídico que dá origem ao nascimento de uma relação

jurídico-tributária — ou seja, cada vez que o contribuinte pratica um ato de fornecimento, nasce uma específica obrigação tributária, que pode ser objeto da ação declaratória.

51. O fato de ocorrer uma seqüência infundável de atos de fornecimento não tem o condão de transformar as várias obrigações tributárias em uma só, contínua. Não é assim.

52. Admitir-se o pedido genérico de declaração de que o contribuinte não está obrigado ao recolhimento do ICM em sua atividade equivaleria a conceder-se, via Poder Judiciário, verdadeira imunidade tributária.

53. Disso decorre que o pedido de depósito deveria se limitar a um montante específico, referente à prática de atos de fornecimento em certo período bem delineado concomitante com a prova idônea de que praticou tais atos nesse período, e com a afirmação de que deles não nasceu uma série **determinada** (limitada a tal lapso temporal) de obrigações tributárias, o que seria discutido na ação principal.

54. Também por isso o pedido é juridicamente impossível, avultando a ilegalidade de seu deferimento liminar.

VIII — CONCLUSÃO

55. Por todo o exposto, presentes os pressupostos da impetração e a manifesta ilegalidade do ato praticado pelo MM. Juízo impetrado, espera o Impetrante seja concedida a ordem, inclusive **liminarmente**, para os fins de ser dado ao Agravo de Instrumento, tempestivamente interposto, **efeito suspensivo**, diferindo a execução de liminar concedida até decisão **definitiva** acerca de sua legalidade.

56. Requer, outrossim, que se notifique o MM. Juízo impetrado, a fim de que apresente, no prazo legal, as informações devidas, dando à causa o valor de Cz\$ 1.000,00 (um mil cruzados).

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, de outubro de 1987

José Alfredo Ferrari Sabino
Procurador do Estado