

MANDADO DE SEGURANÇA – HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO. O mandado de segurança não é meio idôneo a impedir o lançamento de tributo; descabe contra lei em tese e não pode ser utilizado para fazer às vezes de ação declaratória.

Rodolfo Lippel
Promotor Público em Porto Alegre.

1. Nas contra-razões o apelado, em preliminar, requer se declare transitada em julgado a decisão de 1.^o grau e, de consequência, definitiva a sentença do MM Juiz “*a quo*”, porque revel o apelante no feito, por ter prestado as informações além do prazo legal de dez dias, e intempestiva a apelação que interpôs por inaplicável, na espécie, o disposto no art. 188, do C.P.C., ou, quando não, por excedido o prazo dobrado para a interposição do recurso, que deve ser contado desde a intimação feita, da sentença, ao Ministério Público, que representa o Estado na causa. A preliminar é manifestamente írrita. Senão, vejamos:

O mandado de segurança está regulado por lei especial: Lei n.^o 1.533, de 1951, com as modificações e acréscimos das Leis n.^{os} 2.770, de 1956, 4.348, de 1964, 6.014, de 1973 e 6.071, de 1974, as quais não prevêm a pena de revelia como a aplicável pela apresentação das informações além do prazo, limitando-se a impôr, aos funcionários da administração pública, responsáveis pelo seu descumprimento, as penalidades da Lei n.^o 1.711, de 1952 (art. 8.^o, da Lei n.^o 4.348, de 1964). Não se aplica, aqui, subsidiariamente o Código de Processo Civil, de vez que a legislação especial não o tomou aplicável genericamente mas, apenas naqueles casos que cita (requisitos da petição inicial e litisconsórcio – arts. 6.^o e 19 da Lei n.^o 1.533) e bem assim ao processamento das apelações, não regulado exhaustivamente na lei especial, ao contrário da forma processual respeitante à apreciação do mandado em 1.^a instância. Não há, pois, que se falar em revelia, no caso.

Por outro lado, aplicáveis à apelação as normas procedimentais do Código de Processo Civil, é inequívoco que ao Estado, consuetudinariamente denominado Fazenda Pública Estadual, parte legítima para recorrer, como litisconsorte passivo que é, nos termos do art. 46, I, do C.P.C., é garantido o prazo dobrado para apelar, por força do art. 188, da lei adjetiva. No que tange à contagem do prazo, observa-se que o Ministério Público não interveio, e nem intervém, no feito como representante do Estado, que este o é a Consultoria-Geral, como disposto no art. 87, “a”, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, mas como “*custos legis*”, de tal sorte que a sua fluência, do prazo, teve início, para o recorrente, no primeiro dia útil após o da publicação, no Diário Oficial, da nota de expediente intimatória da sentença, publicação esta ocorrida em 3 de novembro de 1977; recebida que foi a apelação em 2 de dezembro de 1977 é bem de se ver que tempestivamente o Estado apelou.

Finalmente, as decisões concessivas do “*mandamus*”, como a de que se trata, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533, de 1951).

Incabível, assim, a pretendida declaração do trânsito em julgado da sentença de primeiro grau, por mais irregular que fosse a atuação da autoridade coatora no feito e, ainda, que realmente intempestivo o recurso do Estado.

Inocorrida, pois, a apontada revelia, tempestivo que é o recurso, e sujeita a decisão "a quo" ao duplo grau de jurisdição, inexistente irregularidade a declarar, a apelação há que ser conhecida e a pretensão prefacialmente deduzida pelo apelado não pode prosperar.

2. O apelante, por sua vez, também suscita preliminar sustentando que não havia de ser conhecido do "writ", porque o justo receio referido no art. 1.º, da Lei n.º 1.533, de 1951, não pode resultar de pareceres das autoridades fiscais, sendo inviável impedi-las de proceder ao lançamento. A razão está com o apelante, porque é condição essencial do cabimento do mandado de segurança o caráter de executoriedade do ato atacado ou, quando preventivo, existir ameaça de ato executório, força que não tem o parecer dado em resposta à consulta formulada pelo apelado, ato meramente opinativo. Por outro lado, embora a ofensa ou ameaça ao direito líquido e certo do contribuinte possa vir do lançamento, deste ato é previsto recurso administrativo com efeito suspensivo, de sorte que é impossível, através do "mandamus", impedir à autoridade que exerça o direito formativo de proceder ao lançamento fiscal, face à vedação expressa no art. 5.º, I, da Lei 1.533, de 1951; além disso, não se coaduna com a natureza do remédio utilizado, mera pretensão declaratória, que é aquela de se impedir que a autoridade fiscal proceda ao lançamento. Este tem sido o reiterado e pacífico entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça, como se lê na Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S., v.52, p.426, v.55, p.356, v.62, p.428 e v.63, p.112, e do Supremo Tribunal Federal, como consta da Revista Trimestral de Jurisprudência, v.77, p.348, para só citar as mais recentes publicações a respeito.

3. Ao derradeiro, observa-se que, na petição inicial, termina o impetrante por requerer que lhe seja, "verbis", reconhecido o direito de "não lhe ser exigido o estorno do crédito sobre o milho e demais componentes constantes do CONVÊNIO AE-2-73, aplicados na produção de rações para animais, concentrados, suplementos e insumos em geral". Trata-se, na verdade, de pretensão declaratória negativa, fundada na interpretação de lei em tese, que são, como normas complementares das leis, os tratados, as convenções internacionais e os decretos que versam matéria fiscal, por força do disposto no art. 100, I e IV, do Código Tributário Nacional, a Circular Geral n.º 19 ICM n.º 11, de 16 de fevereiro de 1973, e o Convênio AE-2-73, de 7 de fevereiro de 1973, postos em confronto na causa. Ora, o mandado de segurança não pode ser utilizado para fazer às vezes de ação declaratória negativa (Revista Trimestral de Jurisprudência, v.61, p.544, Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S., v.55, p.146) e nem é cabível contra lei em tese (Súmula n.º 266, do S.T.F.), de sorte que a segurança impetrada sequer havia de ter sido conhecida.

Vê-se, assim, que: a) sendo impossível declarar transitada em julgado a sentença de 1.º grau, que concedeu a segurança; b) não havendo ato executório que turbe direito líquido e certo do impetrante; c) havendo expressa vedação legal à concessão do "mandamus" contra o ato do fisco que poderia, se praticado, constituir ameaça a direito certo e líquido do apelado, qual seja, o lançamento; d) não podendo o mandado de segurança ser utilizado para fazer às vezes de ação declaratória negativa; e e) descaber o "writ" contra lei em tese, é de, rejeitada a preliminar suscitada pelo apelado, ser cassada a segurança.

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 1978.