

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



7

**REVISTA DIALÉTICA
DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

7

**Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha**

**Diretora Financeira
Lidia Lobello de Oliveira Rocha**

**Diretora Comercial
Lêda Ferraz de Mendonça**

**Projeto Gráfico
Escrituras Editora**

**Editoração Eletrônica
RG dois**

**Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem**

**Ilustrações
Fátima Lodo Andrade da Silva**

**Fotolito de Capa
Ajato**

**Impressão
Gráfica Palas Athena**

(ABRIL - 1996)



Wega é a autora de
Lembrando Borges,
obra reproduzida
em destaque na capa.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Av. Bernardino de Campos, 327 - Conj. 24
CEP 04004-050 - São Paulo - SP
Fone/fax (011) 284.2096 - 284.5362 - 284.5527

SUMÁRIO

DOCTRINA

- A responsabilidade tributária do transportador de mercadoria estrangeira e do seu agente e a isenção do imposto de importação - *Aurélio Pitanga Seixas Filho* 7
- ICMS e IPI: operações de industrialização e relativas à circulação de lubrificantes - *Edvaldo Brito* 18
- O mandado de segurança e a reforma do agravo - *Hugo de Brito Machado* 27
- Imposto sobre a renda da pessoa física - Lei nº 9.250, de 26.12.1995 - os vetos e suas razões - *Luiz Mélega* 30
- Os cd-roms e disquetes com programas gravados são imunes? - *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho* 34
- Integração econômica. Harmonização tributária. União européia. Mercosul - *Ricardo Aziz Cretton* 40
- Direitos constitucionais à liberdade e contribuição de seguridade social sobre pagamentos feitos a trabalhadores autônomos - *Valdir de Oliveira Rocha* 63

O MANDADO DE SEGURANÇA E A REFORMA DO AGRAVO

Hugo de Brito Machado

O art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533, de 31.12.51, diz que *não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção*. Esse dispositivo, com base no qual durante muito tempo foram rejeitados os mandados de segurança contra atos judiciais, terminou sendo interpretado de forma a afastar o cabimento do *writ* somente nos casos em que os efeitos do ato judicial impugnado ficam suspensos pela interposição do recurso cabível.

Prevalece hoje na jurisprudência o entendimento segundo o qual o mandado de segurança é cabível contra atos judiciais, tanto para atacar diretamente o ato considerado ilegal ou abusivo, situação excepcional, como para dar efeito suspensivo a recursos, como acontece na maioria dos casos.

Em se tratando de ato de ilegalidade flagrante, ato teratológico, o cabimento do mandado de segurança independe da interposição de recurso. Ataca-se o ato diretamente, pedindo-se o seu desfazimento. Em se tratando de ato cuja ilegalidade não se revele flagrante, ato não teratológico, o mandado de segurança é cabível apenas para dar efeito suspensivo ao recurso a tempo e modo interposto. A interposição do recurso, neste caso, é indispensável ao cabimento do mandado de segurança.

Tem admitido a jurisprudência, em muitos casos, a impetração de mandado de segurança contra ato judicial negativo, vale dizer, contra decisão que denega o provimento requerido. Em tais casos, evidentemente, mesmo tendo sido interposto o recurso cabível, não se pode dizer, sem grave impropriedade, que o mandado de segurança se destina a dar efeito suspensivo ao recurso. Na verdade, dar efeito suspensivo ao recurso interposto contra uma decisão negativa, como, por exemplo, a que denega medida liminar em ação cautelar, ou em mandado de segurança, ou indefere a produção de determinada prova em ação de procedimento ordinário, é suspender o nada.

Quem impetra mandado de segurança contra decisão que denega medida liminar em outro mandado de



Hugo de Brito Machado
é Juiz do Tribunal Regional
Federal da 5ª Região e
Professor Titular de
Direito Tributário da
Universidade Federal do
Ceará.

segurança, ou em ação cautelar, não deve pedir seja dado efeito suspensivo ao recurso acaso interposto. Deve, isto sim, atacar diretamente aquela decisão, apontando sua ilegalidade, e pedir do Tribunal "ad quem" uma decisão substitutiva daquela, que lhe conceda a medida liminar desejada.

A questão que se coloca, em tais casos, está em saber se tal mandado de segurança é cabível apenas quando a ilegalidade da decisão atacada seja flagrante, quando aquela decisão seja teratológica, ou se o cabimento do mandado de segurança independe dessa circunstância excepcional.

Penso que o mandado de segurança contra ato judicial tem, em regra, natureza cautelar. Devem estar presentes, a justificar sua impetração, a aparência do bom direito, e também a possibilidade de ineficácia da decisão que, em apreciando o recurso correspondente, venha a reformar, ou anular, o ato judicial impugnado. Nos casos em que no mandado de segurança se pede efeito suspensivo para o recurso essa natureza cautelar é evidentíssima. Ela está presente, também, nos casos em que, por se tratar de decisão negativa, não se pede efeito suspensivo para o recurso, mas uma decisão substitutiva. É que a decisão substitutiva reforma o ato impugnado mas assume a natureza deste, vale dizer, é provisória, como seria o provimento do Juízo "a quo".

Apenas nos casos em que o mandado de segurança ataca diretamente o ato judicial, de ilegalidade flagrante, teratológico, contra o qual não foi interposto recurso, podem surgir situações nas quais o *writ* não se apresenta como cautelar.

Seja como for, a questão do cabimento do mandado de segurança con-

tra atos judiciais ganhou nova dimensão com a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil pertinentes ao agravo de instrumento. E está a exigir um prudente reexame, do qual certamente vai decorrer a reformulação da jurisprudência hoje dominante.

Com efeito, agora o agravo de instrumento é dirigido diretamente ao Tribunal "ad quem", através de petição com os requisitos legalmente enumerados (CPC, art. 524), que é objeto de imediata distribuição, e vai instruída com documentos que poderão habilitar o Relator do caso a proferir desde logo despacho atribuindo efeito suspensivo ao recurso (CPC, art. 527, *caput* e inciso II).

Não é razoável, portanto, admitir-se mais o mandado de segurança cuja finalidade seja apenas dar efeito suspensivo ao recurso regularmente interposto. A jurisprudência alargou o cabimento do *writ*, interpretando, com grande sabedoria, o art. 5º da Lei nº 1.533/51, para afastar a restrição daquele dispositivo nos casos em que a interposição do recurso cabível não suspende os efeitos do ato impugnado. Tal restrição, todavia, não foi afastada, para os casos nos quais o recurso tem efeito suspensivo. Agora, temos dispositivo legal admitindo seja dado ao agravo de instrumento efeito suspensivo. Ocaminho, portanto, para a obtenção desse efeito suspensivo, é o próprio recurso. É no âmbito deste que deve ser pleiteado, com todos os argumentos que antes eram expendidos na impetração do *writ*.

Diversamente, cabível segue sendo a impetração de mandado de segurança contra atos judiciais de ilegalidade flagrante, atos teratológicos,

posto que com esta se pretende, diretamente, invalidá-los. O impetrante, em tais casos, não pretende dar efeito a recurso, e pode até não interpor. Essa construção jurisprudencial, portanto, não foi afetada pela Lei nº 9.139/95.

Leva problema, porém, saber se nos casos em que o ato atacado é negativo, vale dizer, naqueles casos em que o impetrante pede uma decisão substitutiva, segue sendo cabível o mandado de segurança.

O Juiz Catro Meira, do TRF da 5ª Região, entende, segundo me disse pessoalmente, ser razoável admitir-se que o Relator pode não apenas dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento, mas também reformar a decisão agravada, para atender a pretensão do agravante. Igualmente assim pensam os Juízes José Maria Lucena e Ridalvo Costa, do mesmo Tribunal. Este último, Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Paraíba.

Têm inteira razão aqueles eminentes magistrados. A norma do art. 527, inciso II, do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 9.139/95, não deve ser interpretada literalmente, mas com especial atenção para o elemento teleológico. A finalidade da alteração do regime jurídico do agravo foi precisamente tornar desnecessário o uso do mandado de segurança contra atos judiciais, com a amplitude já consagrada na jurisprudência. Assim, o elemento teleológico sugere que se veja naquela norma uma autorização para o Relator atender, provisoriamente, a

pretensão do agravante, para evitar a necessidade de impetração de mandado de segurança.

Em outras palavras, com fundamento no inciso II, do art. 527, do Código de Processo Civil, o Relator poderá não apenas dar efeito suspensivo ao agravo, mas igualmente conceder o provimento que a decisão atacada negara.

Admitida essa interpretação ampliativa do inciso II, do art. 527, evidentemente não mais será cabível o mandado de segurança contra decisões atacáveis mediante agravo de instrumento, sejam positivas, ou negativas. Caso contrário, porém, o *writ* continuará a ser admitido, com evidente prejuízo para um dos principais objetivos das reformas processuais.

Certo que se o ato judicial negativo é de ilegalidade flagrante, é teratológico, e dele decorre a probabilidade de dano irreparável, ou de difícil reparação, o mandado de segurança deve ser admitido, porque o seu conhecimento, e seu deferimento, independem da interposição de recurso.

Como se vê, em matéria de mandado de segurança contra ato judicial várias são as questões que, em face da Lei nº 9.139/95, serão suscitadas. A solução de tais questões será a final ditada pela jurisprudência, que o fará certamente com grande sabedoria.

NOTA DA DIALÉTICA

Vide *Depachos* dos Juízes Osmar Tognolo, do TRF da 1ª Região, e Homar Cais, do TRF da 3ª Região, nesta edição, pp. 158 e 159.