

08/11/2011

SEGUNDA TURMA

REFERENDO EM MED.CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 3.024 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
AUTOR(A/S) (ES) : **CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A.**
ADV. (A/S) : **MARCOS DRUMOND MALVAR E OUTRO(A/S)**
REU(É) (S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC. (A/S) (ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO **NÃO** ADMITIDO - **CONSEQÜENTE INTERPOSIÇÃO** DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - **SUSPENSÃO CAUTELAR** DA EFICÁCIA DO ACÓRDÃO **OBJETO** DO APELO EXTREMO - **EXCEPCIONALIDADE** - **ICMS** - **DISCUSSÃO** EM TORNO DA POSSIBILIDADE, **OU NÃO, DE INCIDÊNCIA** DO ICMS SOBRE OPERAÇÕES **RELATIVAS** À ENTRADA DE MERCADORIAS **OU BENS IMPORTADOS DO EXTERIOR** POR PESSOAS EM GERAL, **AINDA QUE NÃO SEJAM CONTRIBUINTES HABITUAIS** DE REFERIDO TRIBUTO ESTADUAL - **A QUESTÃO DO ALCANCE NORMATIVO** DA REGRA **INSCRITA** NO ART. 155, § 2º, INCISO IX, ALÍNEA "a", DA CONSTITUIÇÃO - MATÉRIA **PENDENTE** DE JULGAMENTO **NO PLENÁRIO** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (**RE 439.796/PR**) - **RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL** DESSA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL (**RE 594.996-RG/RS**) - SITUAÇÃO **QUE ENSEJA A OUTORGA EXCEPCIONAL DE PROVIMENTO CAUTELAR** - **MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA** - **DECISÃO REFERENDADA**.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO **NÃO** ADMITIDO. **INTERPOSIÇÃO** DO PERTINENTE RECURSO DE AGRAVO. **RECONHECIMENTO**, PELO STF, **DA EXISTÊNCIA** DE REPERCUSSÃO GERAL RELATIVA À CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL **SUSCITADA** NO APELO EXTREMO **DENEGADO** NA ORIGEM. **HIPÓTESE QUE JUSTIFICA**, **EXCEPCIONALMENTE**, **A OUTORGA** DE PROVIMENTO CAUTELAR.

- **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem recusado**, **ordinariamente**, a outorga de provimento cautelar **pertinente** a recurso extraordinário **que sofreu**, na origem, juízo **negativo** de admissibilidade. **Precedentes**.

- **Caberá**, no entanto, **excepcionalmente**, a suspensão cautelar de eficácia do acórdão **objeto** do recurso extraordinário **não** admitido, **se** o agravo de instrumento, **deduzido** contra a decisão denegatória, **insurgir-se** em contexto **que se revele incompatível** com a jurisprudência **prevalecente** no Supremo Tribunal Federal **ou**, então,

AC 3.024 -MC-REF / DF

se a Corte Suprema houver reconhecido a repercussão geral da controvérsia constitucional **suscitada** no apelo extremo.

- **Achando-se** a controvérsia **submetida** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal **e havendo sido reconhecida**, em sede recursal extraordinária (**RE** 594.996-RG/SP), a **existência** de questão **impregnada** de transcendência **ou** de repercussão geral (como sucede na espécie), **impõe-se deferir**, por tal razão, a **suspensão cautelar** de eficácia do acórdão **objeto** do apelo extremo em cujo âmbito tenha sido suscitado **o mesmo** litígio jurídico-constitucional **ainda pendente** de definição pela Corte Suprema.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em conceder o referendo** quanto à decisão que deferiu, em termos, o pedido de medida cautelar formulado neste processo, **determinando-se**, em conseqüência, que se comunique, com urgência, o resultado do presente julgamento, **nos termos** do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 08 de novembro de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

08/11/2011

SEGUNDA TURMA

REFERENDO EM MED.CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 3.024 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
AUTOR(A/S) (ES) : **CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A.**
ADV.(A/S) : **MARCOS DRUMOND MALVAR E OUTRO(A/S)**
REU(É) (S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S) (ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Em sede de "medida cautelar incidental" - **e tendo** em vista a **cumulativa satisfação** dos pressupostos referentes à **plausibilidade jurídica e** ao "periculum in mora" -, **proferi** decisão **que possui** o seguinte teor:

"**Trata-se** de 'medida cautelar incidental', com pedido de liminar, **ajuizada** com o objetivo de **suspender a eficácia** do acórdão objeto de impugnação **em sede** de recurso extraordinário (que sofreu juízo **negativo** de admissibilidade na origem) **e de obter** a sustação da exigibilidade dos débitos tributários em discussão, '(...) inclusive para fins de imediata expedição da certidão de regularidade fiscal estadual da Requerente', **em ordem a viabilizar-lhe** a participação em procedimento licitatório.

Assinalo, por necessário, que, **ao apreciar** o **AI 670.673/SP**, **interposto** pela própria parte ora requerente, **determinei** o sobrestamento do seu curso, **até** final julgamento do **RE 439.796/PR**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA.

Passo a apreciar o pedido formulado na presente sede processual.

Como se sabe, **a concessão de medida cautelar**, pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** requerida na **perspectiva** de recurso extraordinário **interposto** pela parte interessada, **quer** se busque a outorga de efeito

AC 3.024 -MC-REF / DF

suspensivo ao apelo extremo, quer se pretenda a sustação da eficácia do acórdão impugnado, supõe, para legitimar-se, a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem ou resultante do provimento do recurso de agravo); (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica; e (d) que se demonstre, objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do 'periculum in mora' (RTJ 174/437-438, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Isso significa, portanto, que, presente situação em que já formulado juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário (como sucede na espécie), não se revelará cabível, em princípio, a outorga, por esta Corte, de provimento cautelar destinado a suspender a eficácia do acórdão objeto do apelo extremo denegado na origem, como o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado (RTJ 191/483, v.g.):

'- A concessão de efeito suspensivo, seja a recurso extraordinário ainda não admitido, seja àquele cujo trânsito já foi recusado na instância de origem, seja, também, a agravo de instrumento interposto contra a decisão que negou processamento ao apelo extremo, não se mostra processualmente viável, pois a instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal supõe, em caráter necessário, além de outros requisitos (RTJ 174/437-438), a formulação, na instância judiciária de origem, de juízo positivo de admissibilidade. Precedentes.' (RTJ 191/123-124, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É certo, no entanto, que a jurisprudência desta Suprema Corte - sempre realçando o caráter excepcional de tais pronunciamentos - tem reconhecido a possibilidade de se suspender a eficácia de acórdão objeto de recurso extraordinário que sofreu, na origem,

AC 3.024 -MC-REF / DF

juízo negativo de admissibilidade, desde que o apelo extremo, além de atender as exigências formais que lhe são inerentes, veicule pretensão que se ajuste à jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (AC 1.550/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES - AC 1.560/RO, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - AC 1.566-QO/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO - AC 1.582-QO/RO, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA):

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO - CONSEQÜENTE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - SUSPENSÃO CAUTELAR DA EFICÁCIA DO ACÓRDÃO OBJETO DO APELO EXTREMO - EXCEPCIONALIDADE - ACÓRDÃO QUE PARECE DISSENTIR, NO EXAME DA MATÉRIA, DA JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO QUE ENSEJA A OUTORGA EXCEPCIONAL DE PROVIMENTO CAUTELAR - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DECISÃO REFERENDADA.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ordinariamente, tem recusado concessão de medida cautelar pertinente a recurso extraordinário que sofreu, na origem, juízo negativo de admissibilidade. Precedentes.

- Cabe, no entanto, excepcionalmente, a suspensão cautelar de eficácia do acórdão objeto do recurso extraordinário não admitido, se, deduzido o pertinente agravo de instrumento, o apelo extremo insurgir-se contra decisão que se revele incompatível com a jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal. Hipótese que não traduz exceção ao que dispõem as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AC 1.550/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES.'

(AC 1.549-QO/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Assentadas tais premissas, cabe verificar se a fundamentação jurídica em que se apóia a pretensão deduzida pela parte requerente atende, ou não, ao requisito da relevância.

A empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, ao deduzir o seu pleito nesta sede processual, busca a outorga de provimento cautelar, '(...) para suspender os efeitos do V. Acórdão recorrido até que seja proferida decisão judicial final (trânsito em julgado) nos autos do Mandado de Segurança nº 562.01.2002.009358-9 (966/2002), haja vista a presença inconteste do 'fumus boni juris' e do

AC 3.024 -MC-REF / DF

'periculum in mora', **determinando a suspensão** da exigibilidade dos débitos 'sub judice' no aludido 'mandamus', **inclusive** para fins de imediata expedição da certidão de regularidade fiscal estadual da Requerente, em tempo hábil **para viabilizar** a participação desta no certame licitatório (...) (grifei).

Em situação processual virtualmente idêntica à ora em exame, **a colenda Primeira Turma** do Supremo Tribunal Federal, **nos autos** da **AC 1.292-MC-QO/MG**, **referendou** decisão do eminente Ministro AYRES BRITTO, **concessiva** de liminar em sede de processo cautelar, **fazendo-o** em julgamento **consubstanciado** em acórdão assim ementado:

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIA IMPORTADA. SUJEITO ATIVO. ALÍNEA 'A' DO INCISO IX DO § 2º DO ART. 155 DA MAGNA CARTA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

De acordo com a Súmula 661/STF, 'na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembarço aduaneiro'. **No caso, o desembarço** ocorreu no Estado do Espírito Santo, **embora** o destinatário final da mercadoria **tenha** domicílio no Estado de Minas Gerais.

Questão de ordem que se resolve **pelo referendo** da **decisão concessiva da cautelar.** (grifei)

Também entendo, **por identidade de razão, que se impõe**, na espécie, **a concessão** do provimento cautelar ora postulado, **pois, ao suspender** a tramitação, **neste Tribunal, do AI 670.673/SP**, de que sou Relator, **considerarei**, para tanto, **a existência** de processo, **ora em curso de julgamento (RE 439.796/PR**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA), **que versa** o mesmo tema, **vale dizer**, a questão **pertinente** à aplicabilidade e ao alcance da regra **inscrita** no art. 155, § 2º, inciso IX, 'a', da Constituição.

Cabe assinalar, por relevante, que esta Suprema Corte, **em sessão** realizada por meio eletrônico, **apreciando** o **RE 594.996-RG/RS**, Rel. Min. EROS GRAU, **reconheceu existente a repercussão geral** da questão constitucional nele suscitada, **e que coincide**, em todos os seus aspectos essenciais, com a **mesma** controvérsia jurídica ora suscitada **na presente** causa.

Nem se diga que o tema objeto da repercussão geral reconhecida nos autos do **RE 594.996-RG/RS**, Rel. Min. EROS

AC 3.024 -MC-REF / DF

GRAU, **cingir-se-ia**, tão-somente, à importação de material médico-hospitalar, **eis** que a leitura do voto proferido pelo eminente Relator da causa **deixa claro**, a partir da remissão que expressamente faz **ao RE** 439.796/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA (que trata de outras mercadorias importadas do exterior por pessoas **que não sejam** contribuintes habituais do ICMS), que a controvérsia jurídica em exame refere-se, de modo mais abrangente, **ao próprio** significado e alcance normativo do art. 155, § 2º, inciso IX, 'a', da Constituição, **na redação** dada pela EC nº 33/2001.

Registre-se, finalmente, que a parte ora requerente justificou, de maneira inteiramente adequada, as razões que caracterizam a concreta ocorrência, no caso, de situação configuradora do 'periculum in mora'.

Desse modo, e em face das razões expostas, defiro, em caráter excepcional e 'ad referendum' da colenda **Segunda Turma** desta Corte (RISTF, art. 21, V), até final julgamento do agravo de instrumento em questão (AI 670.673/SP), exceto se eventualmente incidir, na espécie, **a regra** inscrita no art. 543-B do CPC (hipótese em que se devolverá, ao Tribunal recorrido, **o exercício**, no caso, do poder geral de cautela, seja para manter, para revogar **ou**, então, para alterar **este** provimento cautelar), o pedido deduzido por Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, para suspender a eficácia **tanto** do acórdão **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Apelação com Revisão** nº 287.590.5/4) **quanto** da sentença proferida pelo Juízo de Direito da Primeira Vara da Fazenda Pública da comarca de Santos/SP (**Mandado de Segurança** nº 966/2002), **acolhidos**, ainda, em termos, **os demais** pleitos **deduzidos** nesta sede cautelar (v. **item n. 42** da petição inicial).

2. Deixo de ordenar a citação da parte ora requerida, pelo fato de a outorga da medida cautelar em referência - por se exaurir em si mesma - não depender do ajuizamento de qualquer ação principal (demanda esta que já se acha em curso de tramitação), consoante tem enfatizado, em sucessivas decisões, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 167/51, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 181/960, Rel. Min. CELSO DE MELLO - AC 175-90/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 1.158-Agr/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - Pet 1.256/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.246-90/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - Pet 2.267/PR, Rel.

AC 3.024 -MC-REF / DF

Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **Pet 2.424/PR**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **Pet 2.466-QO/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **Pet 2.514/PR**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.).

3. **Feito o lançamento** desta decisão pela Secretaria, **voltem-me** os autos conclusos, **para os fins** a que se refere o art. 21, V, do RISTF.

4. **Produzam**, os ilustres Advogados da causa, **o pertinente** instrumento de mandato judicial, **observando-se**, para tanto, o que dispõe o art. 5º, § 1º, da Lei nº 8.906/94.

.....

Ministro CELSO DE MELLO
Relator"

Para os fins a que se refere o art. 21, V, do RISTF, **submeto**, Senhor Presidente, **ao referendo** desta colenda Turma, **a decisão** em causa.

É o relatório.

AC 3.024 -MC-REF / DF

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):
Referendo, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão que deferiu, em termos, o pedido de medida cautelar formulado neste processo.

Determino, em conseqüência, que se comunique, com urgência, o resultado do presente julgamento, transmitindo-se, mediante ofício e telex, à Presidência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação com Revisão nº 287.590.5/4) e, também, ao MM. Juiz de Direito da Primeira Vara da Fazenda Pública da comarca de Santos/SP (Mandado de Segurança nº 966/2002), cópia da decisão ora referendada.

A Secretaria deverá, finalmente, juntar, aos autos do AI 670.673/SP, de que sou Relator, cópia da decisão ora referendada e, também, do resultado do presente julgamento.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 3.024

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AUTOR(A/S) (ES) : CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA S/A.

ADV.(A/S) : MARCOS DRUMOND MALVAR E OUTRO(A/S)

REU(É) (S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: referendo concedido por esta Segunda Turma quanto à decisão que deferiu, em termos, o pedido de medida cautelar formulado neste processo. Determinado, em consequência, que se comunique, com urgência, o resultado do presente julgamento, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 08.11.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Karima Batista Kassab
Coordenadora