

04/11/2008

SEGUNDA TURMA

REFERENDO EM MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 2.168 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE.(S) : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADV.(A/S) : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E
OUTRO(A/S)
REQDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

E M E N T A: **AÇÃO CAUTELAR** - RECURSO EXTRAORDINÁRIO **SOBRESTADO** EM DECORRÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL, **SEM FORMULAÇÃO** DE JUÍZO (POSITIVO **OU** NEGATIVO) DE ADMISSIBILIDADE - **INDEFERIMENTO**, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - DANO IMINENTE **E GRAVE**, **CAPAZ DE** COMPROMETER O DIREITO MATERIAL VINDICADO PELA EMPRESA CONTRIBUINTE - EXERCÍCIO EXCEPCIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO PODER GERAL DE CAUTELA - **CONTEXTO QUE** ENSEJA A OUTORGA EXCEPCIONAL DE PROVIMENTO CAUTELAR - **PRETENDIDA SUSPENSÃO CAUTELAR** DE EFICÁCIA DO ACÓRDÃO **OBJETO** DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO **INTERPOSTO** PELA EMPRESA CONTRIBUINTE - **COFINS - ALÍQUOTA - MAJORAÇÃO PARA 3% - LEI Nº 9.718/98 (ART. 8º)** - **CUMULATIVA OCORRÊNCIA**, NO CASO, DOS REQUISITOS **CONCERNENTES** À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA **E** AO "PERICULUM IN MORA" - **PRECEDENTES** - DECISÃO **REFERENDADA** PELA TURMA.

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 Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em referendar**, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão **proferida** pelo Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Brasília, 04 de novembro de 2008.

CELSO DE MELLO - RELATOR

04/11/2008

SEGUNDA TURMA

REFERENDO EM MED. CAUT. EM AÇÃO CAUTELAR 2.168 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE. (S) : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADV. (A/S) : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E
OUTRO(A/S)
REQDO. (A/S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Em sede de "ação 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 (fls. 38/43):

"Trata-se de 'ação cautelar incidental', com pedido de medida liminar, **que busca suspender** a eficácia de acórdão objeto de recurso extraordinário, que, **interposto**, teve seu processamento **sobrestado** pela Presidência do Tribunal de origem, **considerada a existência** de repercussão geral da controvérsia constitucional nele veiculada.

Em decorrência do reconhecimento, no AI 715.423/RS, **desse** pré-requisito de admissibilidade do apelo extremo, a E. Presidência do Tribunal ora recorrido **adotou** a medida ordenada **pelo § 1º**, 'in fine', do art. 543-B do CPC.

Com esse comportamento processual, **frustrou-se a possibilidade** de a parte ora requerente **obter**, nos termos da Súmula 635/STF, **perante** o Tribunal de origem, **a tutela de urgência** por ela postulada, **não obstante** houvesse recorrido da decisão **que lhe negou**, naquela instância judiciária, o provimento cautelar requerido.

AC 2.168 -MC-REF / SP

Trata-se de situação peculiar, **pois, se é certo**, de um lado, **que o só** reconhecimento da existência de repercussão geral **não significa**, necessariamente, que seja procedente a pretensão recursal deduzida em sede extraordinária, **também não é menos exato**, de outro, **que o sobrestamento** do curso do apelo extremo, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC, **com a conseqüente recusa**, pela Presidência do Tribunal de origem, **do exercício** do seu poder geral de cautela, **culmina por inviabilizar e frustrar** a tutela imediata e urgente do direito vindicado pela parte requerente.

Entendo, presente esse contexto, que a espécie em exame **legítima**, embora excepcionalmente, **a possibilidade** de acesso imediato à jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, **sob pena de se comprometer**, de modo irremediável, a proteção jurisdicional **invocada** com fundamento em pretensão de ordem cautelar, **o que se revelaria inadmissível**.

Assinalo que o recurso extraordinário em questão, **em razão do reconhecimento** de repercussão geral **no AI 715.423/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE (que versa o tema **concernente** à pretendida inconstitucionalidade **do aumento** da alíquota da COFINS, **instituído** pelo art. 8º da Lei nº 9.718/98), **ficou sobrestado**, como já referido, no Tribunal de origem, **em razão** do que dispõe o art. 543-B do CPC.

Sabemos que a concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, **quando** requerida **na perspectiva** de recurso extraordinário **interposto** pela parte interessada, **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

AC 2.168 -MC-REF / SP

configuradora do 'periculum in mora' (RTJ 174/437-438, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Isso significa, portanto, que, **presente** situação **em que ausente o** juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, ou sendo este negativo, **não se revelaria cabível** a outorga, por esta Corte, de provimento cautelar **destinado** a suspender a eficácia do acórdão objeto do apelo extremo, **como** o Supremo Tribunal Federal tem **reiteradamente** advertido (RTJ 191/123-124 - RTJ 191/483, v.g.).

Ocorre, no entanto, que a colenda **Segunda Turma** desta Corte, **em recentíssimos julgamentos**, **reconheceu - não obstante** em caráter excepcional - **a possibilidade de se suspender** a eficácia de acórdão **objeto** de recurso extraordinário, **ainda** que **não** proferido, quanto a este, **o pertinente** juízo de admissibilidade **ou** naqueles casos em que, **proferido** esse juízo, dele haja resultado a **denegação** de processamento do apelo extremo (AC 1.549-MC-QO/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO - AC 1.550/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES):

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO **QUE AINDA NÃO SOFREU** JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - **ACÓRDÃO** DO TRIBUNAL RECORRIDO QUE VERSA MATÉRIA **IDÊNTICA** À VEICULADA EM CAUSAS **JÁ PREPARADAS** PARA SEREM JULGADAS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RETARDAMENTO**, PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL RECORRIDO, **DA FORMULAÇÃO** DO JUÍZO (POSITIVO **OU** NEGATIVO) DE ADMISSIBILIDADE DO APELO EXTREMO - **POTENCIALIDADE DANOSA** RESULTANTE DESSA OMISSÃO PROCESSUAL, **AGRAVADA** PELA INÉRCIA NO EXAME DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - **CARACTERIZAÇÃO** DE DANO POTENCIAL **APTO A COMPROMETER**, DE MODO GRAVE, **A SITUAÇÃO JURÍDICA** DA EMPRESA CONTRIBUINTE - **POSSIBILIDADE**, AINDA, **DE FRUSTRAÇÃO** DOS FINS **INERENTES** AO PROCESSO CAUTELAR - **HIPÓTESE EXCEPCIONAL** QUE JUSTIFICA, **NO CASO**, O EXERCÍCIO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO PODER GERAL DE CAUTELA - **SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA QUE AUTORIZA A NÃO-INCIDÊNCIA** DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF - **FUNÇÃO JURÍDICA** DA TUTELA CAUTELAR - **INSTRUMENTALIDADE** DO PROCESSO CAUTELAR (**BINÔMIO NECESSIDADE/UTILIDADE**) - **RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE** O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO - **DOCTRINA** - **SITUAÇÃO QUE ENSEJA A OUTORGA**

AC 2.168 -MC-REF / SP

EXCEPCIONAL DO PROVIMENTO CAUTELAR, CONSIDERADA A SINGULARIDADE DO CASO - SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ACÓRDÃO OBJETO DO APELO EXTREMO - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PELO RELATOR - DECISÃO REFERENDADA.'
(**AC 1.810-QO/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe referir, por necessário, que a hipótese versada nestes autos - o sobrestamento do recurso extraordinário, sem a formulação de juízo (positivo ou negativo) de admissibilidade e o indeferimento, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, do pedido de tutela de urgência que lhe foi submetido - faz instaurar, na espécie, situação configuradora de dano iminente e grave, capaz de comprometer o próprio direito material vindicado pela empresa contribuinte, ora requerente, a legitimar, por isso mesmo, o exercício, ainda que excepcional, por esta Suprema Corte, do seu poder geral de cautela, considerando-se, para tanto, a peculiaridade do caso em análise.

Enfatizo, neste ponto, considerada a 'ratio' subjacente à decisão que ora profiro, que não se pode ignorar - consoante proclama a doutrina (SYDNEY SANCHES, 'Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro', p. 30, 1978, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, 'Manual de Direito Processual Civil', vol. 4/335, item n. 1.021, 7ª ed., 1987, Saraiva; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 'A Instrumentalidade do Processo', p. 336/371, 1987, RT; VITTORIO DENTI, 'Sul Concetto di Funzione Cautelare', 'in' 'Studi P. Ciapessoni', p. 23/24, 1948; PIERO CALAMANDREI, 'Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti cautelari', p. 20, item n. 8, Pádua, 1936, Cedam; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, 'Tutela Cautelar', vol. 4/17, 1992, Aide, v.g.) - que os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia à tutela jurisdicional do Estado.

Assentada tal premissa, que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento jurídico-formal compatível com a exigência imposta pelo princípio da efetividade do processo.

Na realidade, o exercício do poder geral de cautela, pelo Judiciário (e pelo Supremo Tribunal

AC 2.168 -MC-REF / SP

Federal, em particular), **destina-se a garantir a própria utilidade** da prestação jurisdicional a ser efetivada no processo, **em ordem a impedir** que o eventual retardamento na apreciação do litígio **culmine por afetar e comprometer** o resultado definitivo do julgamento.

Impende assinalar, ainda, que a pretensão de direito material **deduzida** pela empresa contribuinte, ora requerente - fundada **na suposta** inconstitucionalidade da majoração, **para 3%**, da alíquota da COFINS -, **ainda será apreciada** pelo Plenário desta Suprema Corte, **no julgamento do AI 715.423/RS**, do qual é Relatora a eminente Ministra ELLEN GRACIE, **valendo observar**, por relevante, **que a colenda Segunda Turma** desta Suprema Corte **deferiu** medida cautelar **em favor** de empresa contribuinte **a propósito** de matéria **idêntica** à veiculada **nestes autos**, **tudo a sugerir** a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar ora manifestada:

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MEDIDA CAUTELAR - PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO CAUTELAR (RTJ 174/437-438) - COFINS - ALÍQUOTA - MAJORAÇÃO PARA 3% - LEI Nº 9.718/98 (ART. 8º) - CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL SUBMETIDA AO EXAME DO PLENÁRIO - INEXISTÊNCIA DE APRECIÇÃO DEFINITIVA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI Nº 9.718/98 - CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS CONCERNENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO 'PERICULUM IN MORA' - PRECEDENTES - OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE, INTERPOSTO PELA EMPRESA CONTRIBUINTE, JÁ FOI ADMITIDO PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL RECORRIDO, ACHANDO-SE, PRESENTEMENTE, EM TRAMITAÇÃO NESTA SUPREMA CORTE - DECISÃO REFERENDADA PELA TURMA.'
(AC 1.136-MC-AgR-QO-ED-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, atento, **unicamente**, à singularidade do caso ora em exame, **considerando** a plausibilidade jurídica da pretensão que se deduziu na causa principal **e a ocorrência** de 'periculum in mora', **ressaltando** a decisão proferida **na AC 2.019-MC/PR**, Rel. Min. EROS GRAU, **e com o objetivo de inibir** grave lesão ao direito invocado pela parte ora requerente, **defiro**,

AC 2.168 -MC-REF / SP

excepcionalmente, 'ad referendum' da colenda **Segunda Turma** desta Suprema Corte, **o pedido** de suspensão cautelar de eficácia do acórdão objeto do recurso extraordinário em questão, assinalando, no entanto, que a eficácia do presente provimento cautelar subsistirá até o julgamento final do **AI 715.423/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE.

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 - constituir** mero incidente do processamento do recurso extraordinário **sobrestado** no Tribunal de origem, consoante tem enfatizado, em **sucessivas** decisões, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 167/51, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **AC 175-QO/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO - **AC 1.109/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS BRITTO - **Pet 1.158-Agr/SP**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - **Pet 1.256/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **Pet 2.246-QO/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **Pet 2.267/PR**, Rel. 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.):

'MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E DESCABIMENTO DA CITAÇÃO.

- A outorga ou recusa de eficácia suspensiva a recurso extraordinário, em sede de medida cautelar inominada, constitui provimento jurisdicional que se exaure em si mesmo, não dependendo, por tal motivo, da ulterior efetivação do ato citatório, posto que incabível, em tal hipótese, o oferecimento de contestação (...).

O procedimento cautelar, instaurado com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao apelo extremo, rege-se, no Supremo Tribunal Federal, por norma especial, de índole processual (RISTF, art. 21, V), que, por haver sido recebida, pela nova Constituição da República, com força e eficácia de lei (RTJ 167/51), afasta a incidência - considerado o princípio da especialidade - das regras gerais constantes do Código de Processo Civil (art. 796 e seguintes). Precedentes.' (RTJ 181/960, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

AC 2.168 -MC-REF / SP

3. Comunique-se, com urgência, encaminhando-se cópia da presente decisão, para cumprimento, à Presidência do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (AC 579605 - **Apenso 03**, fls. 667), ao Senhor Juiz Federal da 8ª Vara Federal de São Paulo/SP (Ação Ordinária nº 1999.61.00.010791-5, **Apenso 02**, fls. 379) e ao Senhor Secretário da Receita Federal do Brasil.

4. **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.

.....

Ministro CELSO DE MELLO
Relator"

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

É o relatório.

AC 2.168 -MC-REF / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator):
Referendo, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão que proferi a fls. 38/43.

A Secretaria do Supremo Tribunal Federal, após publicado o acórdão consubstanciador **deste** julgamento, **deverá** remeter, **em momento oportuno**, para efeito de juntada **aos autos** da AC 579605 (Apenso 03, fls. 667), em que interposto o recurso extraordinário sobrestado na origem (CPC, art. 543-B, § 1º), **cópia** do presente julgado.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 2.168

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

REQTE.(S) : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO

ADV.(A/S) : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma, por votação unânime, **referendou**, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão proferida pelo Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 04.11.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

P/ Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador