



---

**Primeira Turma**



---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.378.599-SP  
(2010/0205872-8)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Agravante: Mário Vieira - espólio

Representado por: Mario Vieira Filho - inventariante

Advogado: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s)

Agravado: União

---

**EMENTA**

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação rescisória. Decadência. Não ocorrência. Ajudante de Despachante Aduaneiro. Atividade de natureza privada. Reintegração. Atrasados. Inexistência. Ofensa à coisa julgada reconhecida pelo Tribunal de origem. Manutenção. Agravo não provido.

1. “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula n. 106-STJ).

2. Hipótese em que não pode ser computado o tempo transcorrido antes que a *União* fosse pessoalmente intimada (na forma prevista pelos arts. 35 e 38 da Lei Complementar n. 73/1993 e 6º da Lei n. 9.028/1995) acerca da certidão de não realização da citação do réu, a fim de que procedesse às diligências necessárias para obtenção do endereço correto deste último.

3. A sentença proferida na ação de conhecimento limitou-se a determinar a reintegração do *de cujus* ao cargo de Ajudante de Despachante Aduaneiro, não contendo nenhuma espécie de condenação pecuniária, motivo por que o Tribunal de origem, ao rescindir o acórdão proferido em embargos à execução, limitou-se a fazer prevalecer a coisa julgada.

4. A função “Ajudante de Despachante Aduaneiro” não se trata de um cargo público, mas de uma atividade privada exercida no âmbito da Alfândega, mediante autorização do Presidente da

República, incompatível com o exercício de qualquer função pública, na forma prevista nos arts. 10 e 11 do Decreto-Lei n. 4.012/1942. A reintegração do *de cuius* não importou, por conseguinte, na existência de valores atrasados a serem pagos pela Administração a título de remuneração.

5. Agravo regimental não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 2.2.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de agravo regimental interposto por *Mário Vieira - Espólio* contra decisão de minha relatoria que negou provimento ao seu agravo de instrumento.

Narram os autos que a *União* ajuizou ação rescisória em desfavor da parte ora agravante, objetivando rescindir o acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que havia julgado improcedentes os embargos opostos à execução de título executivo judicial então movida por Mário Vieira.

O Tribunal de origem, afastando as preliminares de carência de ação e decadência, julgou procedente a ação rescisória, tendo o acórdão recorrido recebido a seguinte ementa (fls. 843-844e):

Processual Civil. Ação rescisória. Ajudante de Despachante Aduaneiro. Reintegração ao cargo. Pagamento de indenização. Execução. Violação de dispositivo de lei. Erro de fato. Inexistência. Ofensa à coisa julgada. Ocorrência. Preliminares de carência de ação e prescrição rejeitadas. Pedido procedente. Embargos à execução acolhidos.

1. O pedido formulado na inicial guarda relação com a decisão rescindenda, uma vez que a autora pleiteia modificar o acórdão que julgou improcedentes os embargos à execução, nos quais questionava o pagamento da indenização decorrente da reintegração de servidor ao cargo, que também é objeto da presente rescisória. Preliminar de carência de ação rejeitada.

2. Ação proposta dentro do biênio estabelecido no artigo 495 do CPC. A demora na citação, por motivos inerentes ao serviço da justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência (Súmula n. 106 do STJ). Preliminar de prescrição rejeitada.

3. No caso presente, a liquidação foi elaborada por cálculo do contador, com observância das normas que disciplinam a fase de execução. Assim, não houve violação ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF, artigos 608 a 610 e 743, inciso I, do CPC, artigo 28 do Decreto-Lei n. 4.014, de 13.1.1942, a ensejar a rescindibilidade do julgado.

4. Somente há erro de fato, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (artigo 485, IX, §§ 1º e 2º, CPC).

5. A decisão rescindenda, não tratou da questão da reintegração do autor da ação principal ao cargo, fato que a demandante reputa inexistente. Pedido improcedente neste ponto.

6. Ofensa à coisa julgada caracterizada. O pagamento da indenização decorrente da reintegração de servidor ao cargo não poderia ter sido objeto de deliberação nos embargos, visto que não foi decidida na sentença proferida no processo principal.

7. Condenação do requerido ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

8. Preliminares suscitadas pelo réu rejeitadas. Ação procedente. Embargos à execução procedentes.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 863-871e).

Sustentou o agravante, no recurso especial inadmitido, violação aos arts. 219, §§ 2º e 4º, e 495 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem indevidamente afastara a tese de decadência, haja vista que, “enquanto não realizada a citação válida, em razão da incúria da parte demandante em diligenciar para que essa citação seja efetuada, não se pode dizer e aceitar que a ação tenha sido

efetivamente proposta”. Isso porque, “ajuizada a ação em maio de 1997, certificou o oficial de justiça, em julho de 1997, a não localização do réu no endereço indicado (fl. 368e). Somente em junho de 2000 é que a União diligenciou para tentar localizar o Sr. Mário Vieira e, com isso, realizar sua citação (fls. 420-423)” (fl. 887e).

Afirmou que a Súmula n. 106-STJ seria inaplicável ao caso concreto, uma vez que esta somente admitiria a demora na citação que “houver sido comprovadamente causada por razões exclusivamente inerentes ao mecanismo da justiça e não nos casos em que o ato citatório não se concretiza em tempo hábil por culpa da parte, que deixa de promover as diligências necessárias à localização do novo endereço do réu” (fl. 888e).

Seguiu afirmando que, em virtude da demora na citação, a Turma Julgadora deveria também ter reconhecido a prescrição intercorrente, uma vez que “a circunstância de ser de natureza decadencial o prazo para propor a rescisória não subtrai a ação dos efeitos da prescrição intercorrente se, depois de ajuizada, paralisar-se a lide durante período superior ao prazo previsto para a propositura da ação” (fl. 890e).

Aduziu contrariedade aos arts. 485, IV, 467, 468 e 474 do CPC, na medida em que, “Diversamente do afirmado, não foi o acórdão rescindendo que violou a coisa julgada, mas, sim, o próprio acórdão recorrido, que julgou procedente ação rescisória para infirmar, na verdade esvaziar o comando judicial exarado no processo de conhecimento, há muito transitado em julgado” (fl. 892e).

Alegou que, à luz do regramento normativo vigente ao tempo do julgamento da ação de conhecimento, entendeu-se “assemelhada a função de Ajudante de Despachante Aduaneiro à de funcionário público, tanto em razão das qualificações exigidas para o seu exercício, quanto em virtude da necessidade de credenciamento junto à Delegacia da Receita Federal” (fl. 892e).

Aduziu que “o reconhecimento judicial da ilegalidade do ato de afastamento e a consequente ordem de reintegração do autor no cargo que ocupava implica automaticamente a recomposição integral dos seus direitos, aí se incluindo o ressarcimento da remuneração que deixara de perceber, em homenagem ao princípio da *restitutio in integrum*” (fl. 894e).

Asseverou que o acórdão rescindendo, ao confirmar a sentença de improcedência dos embargos à execução, “longe de violar a coisa julgada formada no processo de conhecimento, homenageou-a” (fl. 896e). Ademais, a manutenção do acórdão recorrido deixaria “totalmente no vazio a condenação

imposta à União no processo de conhecimento, especialmente porque, à época da execução do julgado, o cargo que o autor ocupava já havia sido extinto (fl. 897e).

Argumentou, ainda, que “não poderia a União valer-se dos embargos à execução para discutir matéria própria do processo de cognição, muito menos utilizar-se da rescisória da sentença proferida nos embargos à execução para atingir a eficácia da coisa julgada operada no processo de conhecimento” (fl. 898e).

Afirmou que “a questão relativa ao pagamento da remuneração correspondente ao tempo em que Mário Vieira permaneceu afastado de suas funções também estava acobertada pelo comando do artigo 474 do CPC, pois já havia sido decidida pelo ilustre magistrado singular às fls. 187v-188v” (fl. 898e).

Por fim, com base no princípio da eventualidade, alegou que, caso seja reconhecida a ausência de prequestionamento quanto ao art. 219, §§ 2º e 4º, do CPC, “não se poderá reconhecer a ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC” (fl. 901e).

Inconformado com a decisão que negou provimento ao seu agravo de instrumento, a parte agravante interpôs o presente agravo regimental, aduzindo, em síntese, que:

a) a intimação pessoa da União sobre a certidão de não realização da citação não se apresenta como condição para aplicabilidade da consequência prevista no art. 219, §§ 2º e 4º, do CPC, “sobretudo quando constatada que a citação não ocorreu dentro do prazo porque o endereço do réu indicado pela União Federal não estava correto” (fl. 989e), cabendo à agravada zelar, independentemente de intimação, para que a citação fosse realizada no prazo legal;

b) a questão atacada na ação rescisória ajuizada pela *União* já estaria acobertada pela coisa julgada desde de 1987, quando houve o trânsito em julgado da sentença homologatória dos cálculos da liquidação de sentença, “que rejeitou expressamente a pretensão da União de excluir da condenação pecuniária decorrente da decisão proferida no processo de conhecimento” (fl. 980e);

c) o *de cujus* ocupava cargo público, fato reconhecido na sentença proferida na ação de conhecimento que determinara sua “reintegração”.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): O presente agravo regimental não merece prosperar.

Com efeito, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, *in verbis* (fls. 962-965e):

Decido.

De início, observa-se que os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento e do próprio recurso especial encontram-se presentes, motivo pelo qual passo ao exame das questões suscitadas neste último recurso.

Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, não se devendo confundir "fundamentação sucinta com ausência de fundamentação (REsp n. 763.983-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28.11.2005).

Quanto às preliminares de decadência e de prescrição, faz-se necessário um breve resumo da cronologia dos fatos ocorridos no bojo da ação rescisória da União:

1. A ação rescisória foi ajuizada em 26.5.1997 (fl. 21e);
2. Em 5.6.1997, foi determinada a citação do réu (fl. 388e), tendo o respectivo mandado de intimação sido expedido em 10.6.1997;
3. Em 16.6.1997, foi juntado o mandado de intimação da *União*, concernente ao indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 391-393e);
4. Em 17.6.1997, houve novo despacho de citação do réu, tendo em vista que no despacho anterior não foi indicado o prazo para contestação (fl. 394e);
5. Em 17.6.1997 a *União* interpôs pedido de reconsideração/agravo regimental contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada (fls. 396-404e);
6. Em 20.6.1997, a *União* foi intimada do indeferimento de seu pedido de reconsideração (fls. 413-415e);
7. Em 21.7.1997 foi juntado aos autos certidão do Oficial de Justiça, lavrada na mesma data, em que informa que a citação do réu deixou de ser realizada em virtude deste ter mudado de endereço (fl. 427e);
8. Em 9.11.1998 houve a intimação da *União* acerca do julgamento de seu agravo regimental (fl. 465e);
9. Em 9.11.1998 os autos da ação rescisória estiverem conclusos ao Juiz Federal Convocado Pedro Lazaran (fl. 468e);
10. De 10.11.1998 a 13.4.2000, autos conclusos à Des. Fed. Suzana Camargo, para declaração de Voto (fl. 473e);

11. Em 14.4.2000, autos conclusos ao Des. Fed. Roberto Haddad (fl. 470e);
12. Em 26.4.2000 foi dado vista ao Ministério Público Federal (fl. 479e);
13. Em 8.6.2000, o Ministério Público Federal requereu que fosse efetivada a citação do réu (fls. 480-484e);
14. Em 26.6.2000, autos conclusos ao Des. Fed. Márcio Moraes;
15. Em 27.6.2000, autos conclusos ao Des. Fed. Roberto Haddad (fl. 497e);
16. Em 27.6.2000, autos encaminhados ao Juiz Federal Cazem Mazloum (fl. 498e);
17. Em 8.11.2000 o réu apresentou contestação (fls. 507-525e).

Pois bem.

Conforme se extrai do acórdão recorrido, a Turma Julgadora afastou as teses de decadência e prescrição intercorrente sob o fundamento de que a citação do réu, ora agravante, deu-se fora do prazo bienal estabelecido no art. 495 do CPC “em razão da necessidade de diligências para obter o novo endereço do réu” (fl. 838e).

A partir do cotejo da movimentação processual dos autos, acima resumida, observa-se que a *União*, ao menos até 8.6.2000, jamais havia sido pessoalmente intimada (na forma prevista pelos arts. 35 e 38 da Lei Complementar n. 73/1993 e 6º da Lei n. 9.028/1995), da certidão de não realização da citação do réu.

Com efeito, durante anos o Tribunal de origem esteve às voltas com o julgamento do agravo regimental interposto contra a decisão que havia indeferido a liminar, sendo certo que apenas em 8.6.2000 o Ministério Público Federal, após ter vistas dos autos, requereu que fosse efetivada a citação do réu (fls. 480-484e).

Nessas circunstâncias, não há como imputar à *União* qualquer tío de inércia, restando afastada, dessa forma as teses de decadência e de prescrição intercorrente.

Passo ao exame da tese de afronta aos arts. 485, IV, 467, 468 e 474 do CPC.

Infere-se dos autos que o Tribunal de origem julgou procedente a ação rescisória com base nos seguintes fundamentos:

a) a sentença proferida na ação de conhecimento limitou-se a reconhecer ao autor o direito de ser reintegrado, nada dispondo acerca de eventual pagamento de indenização pelo período de afastamento (fl. 104e), sequer tendo havido apelação, nesse ponto;

b) o “Ajudante de Despachante Aduaneiro” não se equipararia a servidor público, motivo pelo qual o pagamento de indenização, ainda que considerada implícita na ordem de reintegração, seria irrelevante.

A propósito, confira-se o seguinte trecho do voto condutor no acórdão recorrido (fls. 341-342e):

Na hipótese vertente, a autora alega que o acórdão rescindendo, ao rejeitar os embargos opostos à execução, ofendeu a coisa julgada material, por abrigar execução de obrigação não contemplada na sentença proferida no processo principal.

Assiste razão à requerente.

Com efeito, a parte dispositiva da sentença exequenda está assim redigida: "*julgo procedente a ação, condenando a ré a reintegrar o autor no cargo que vinha exercendo por autorização, condenando outrossim em honorários de advogado que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa.*"

Assim, a indenização decorrente da reintegração ao cargo, não poderia ter sido objeto de deliberação nos embargos, na medida em que não foi decidida na sentença proferida no processo principal, que se limitou a decretar a procedência do pedido, para condenar a ré à reintegração do autor no cargo de Ajudante de Despachante Aduaneiro, e ao pagamento de honorários de advogado.

Acrescento que o requerido, não obstante tenha formulado na inicial da ação principal pedido de reintegração no cargo, cumulado com ressarcimento por dano causado em razão afastamento, deixou transcorrer *in albis* o prazo para recorrer da sentença, vindo a se manifestar tão-somente na fase de execução.

Em razão disso, não tendo a sentença proferida na ação principal determinado o pagamento de verbas indenizatórias ao requerido Mário Vieira, merece reparo a decisão prolatada nos embargos à execução, vez que proferida em ofensa à coisa julgada.

E ainda, na hipótese de se considerar implícita na ordem de reintegração no cargo, o pagamento de indenização, esta somente seria aplicável ao funcionário público, de acordo com o previsto no Art. 28 da Lei n. 8.112/1990, o que não ocorre nos presentes autos, já que o Ajudante de Despachante Aduaneiro por definição legal não se equipara ao servidor público, nos termos do disposto Art. 28 do Decreto-Lei n. 4.014/1942 e Art. 49 do Decreto n. 646/1992.

Por fim, verifico que no curso da ação por diversas vezes a condição de servidor público foi levantada, tendo sido inclusive objeto de decisão proferida no agravo regimental interposto nesta ação rescisória, que por maioria de votos sustou o levantamento dos valores depositados por força de precatório, ao fundamento de que se tratava de vantagens pagas a pessoa não considerada servidor público, nos termos do voto da eminente Desembargadora Suzana Camargo (fls. 393-402).

Cabe ressaltar, a princípio, ser inquestionável o primeiro fundamento adotado pela Turma Julgadora, quanto à inexistência, ao menos explícita, na sentença proferida na ação de conhecimento, de condenação ao pagamento de indenização, tanto assim que, nesse ponto, sequer recorreu a parte ora agravante.

A questão a ser definida limita-se, dessa forma, acerca dos eventuais efeitos iminentes da reintegração determinada na sentença.

Como bem asseverado no acórdão recorrido, trata-se o ressarcimento de todas as vantagens de consequência automática da reintegração de servidor público ao cargo anteriormente ocupado, conforme disposto no art. 28 da Lei n. 8.112/1990, *in verbis*:

Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

Ocorre que a função “Ajudante de Despachante Aduaneiro” não se trata de um cargo público, mas de uma atividade privada exercida no âmbito da Alfândega, mediante autorização do Presidente da República, incompatível com o exercício de qualquer função pública, na forma prevista nos arts. 10 e 11 do Decreto-Lei n. 4.012/1942, *in verbis*:

Art. 10. O exercício das atividades de despachantes aduaneiros dependerá de autorização prévia por decreto do Presidente da República.

Art. 11. Excetuada a faculdade prevista no artigo 2º, as funções de despachante aduaneiro e de ajudante são incompatíveis com qualquer função pública.

De fato, não obstante o pedido formulado na ação de conhecimento fosse de “reintegração”, os próprios fatos então narrados na petição inicial demonstravam que o então autor insurgiu-se contra ato da Inspetoria da Alfândega de Santos que, por meio da Portaria n. 605, de 7.5.1963 (fl. 63e), “apressou-se em cassar a autorização concedida para o exercício da função de ‘Ajudante de Despachante Aduaneiro’, aplicando-se o disposto no art. 50, letra f, do Dec.-Lei n. 4.014/1942” (fl. 59e).

Destarte, conclui-se que o Tribunal de origem, ao julgar procedente a ação rescisória ajuizada pela *União*, agiu em consonância com a legislação de regência, não havendo falar em ofensa à coisa julgada.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

Intimem-se.

Com efeito, verifica-se que a irresignação do agravante limita-se ao seu mero inconformismo com o resultado do julgamento, que lhe foi desfavorável.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.125.661-DF (2009/0100784-2)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi

Advogado: Gabriel Nogueira Dias e outro(s)

Recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Procurador: Renata Espíndola Virgílio e outro(s)

---

#### **EMENTA**

Administrativo e Processual Civil. Ação de nulidade de processo administrativo do Cade. Imposição de multa, da obrigação de abstenção de inclusão de cláusula de raio e da publicação da decisão. Caução do valor da multa. Tutela provisória suspensiva da execução do acórdão do Cade afastada pelo Tribunal. Arts. 65 e 66 da Lei n. 8.884/1994. Requisitos do poder de cautela. Provisoriedade. Não repercussão sobre o mérito da demanda, a ser decidido nas instâncias ordinárias. Execução imediata da decisão administrativa de reversibilidade custosa e problemática. Recurso especial provido.

1. O cabimento de Recurso Especial para adversar Acórdão proferido em Agravo de Instrumento, na Corte de origem, já está pacificado na jurisprudência do STJ (AgReg no REsp n. 1.052.435-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJUe 5.11.2008 e REsp n. 696.858-CE, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 1º.8.2006), tendo-se por superado o relevante debate outrora travado a seu respeito.

2. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer iniciativa processual do acionado, para adversar a execução de sanção

pecuniária imposta pelo Cade não veiculam, em regra, efeito paralisante da iniciativa da Autarquia (art. 60 da Lei n. 8.884/1994); esse efeito, no entanto, pode ser alcançado, se a parte executada prestar adequada, oportuna, justa e ampla garantia idônea (art. 65 da Lei n. 8.884/1994).

3. Entretanto, ainda que prestada a garantia, o efeito suspensivo da execução do título pode ser motivadamente afastado pelo Juiz, mas para isso se requer que a infração à ordem econômica (a) se revista de gravidade e, cumulativamente, (b) se vislumbre na causa o fundado receio de dano irreparável ou de reparação árdua (art. 66 da Lei n. 8.884/1994); esses os requisitos prudenciais do exercício do poder geral de cautela, inerente às diversas modalidades da jurisdição moderna, consagrados na doutrina jurídica especializada e na Jurisprudência dos Tribunais do País, de acordo com os roteiros dos sistemas processuais civis contemporâneos.

4. É relevantíssimo e indispensável reconhecer o préstimo processual das medidas judiciais provisórias, mas estas não devem ser prodigalizadas à mão larga – nem em favor dos litigantes privados, nem em favor das partes públicas – senão adotadas parcimoniosamente e somente nos casos de caracterizada necessidade; sem essa moderação, corre-se o risco de banalizar ou vulgarizar a sua notável eficácia preventiva, com prejuízo evidente ao desempenho regular de atividades econômicas produtivas ou restrições patrimoniais injustificáveis; convém repontuar que as medidas administrativas estatais de controle e repressão a procedimentos empresariais privados, potencial ou efetivamente lesivos a valores prezáveis da ordem econômica, devem, obrigatoriamente, se ajustar aos limites do ordenamento jurídico processual.

5. No caso, se a empresa for compelida a abster-se, desde já, da inserção da cláusula de raio em seus contratos com os lojistas do seu centro de compras, a eventual procedência da impugnação deduzida perante o Judiciário encontraria uma situação consolidada, que não poderia ser desconstituída pela só eficácia da decisão judicial; de fato, se abolida a cláusula de raio, poderiam ser inauguradas, na cercania (ou no entorno) do centro de compras, lojas concorrentes daquelas já instaladas no seu espaço interno, sendo claro que a posterior interdição

dessas mesmas lojas (na hipótese de improcedência da execução do Cade), esbarraria em resistências legítimas, calcadas inclusive no vulto dos investimentos então já realizados para a sua instalação.

6. Nesse contexto, a eliminação (futura) da cláusula de raio revela-se mais proporcional à equalização da controvérsia, inclusive atentando-se para o fato de que esta é uma disposição histórica e tradicional, nos contratos de centos de compras; na verdade, na eventualidade de procedência da execução do Cade, os efeitos da eliminação da cláusula de raio serão decorrentes diretamente da força da própria decisão judicial, não se requerendo nenhuma outra iniciativa judicial ulterior, o que não ocorreria, se essa dita cláusula fosse já agora eliminada, tendo a sua eventual reversão de se submeter a outro procedimento.

7. Recurso Especial a que se dá provimento, para assegurar a suspensão provisória (limitada no tempo) da execução integral do título executivo do Cade, até a decisão da lide nas instâncias competentes, mas sem a antecipação de qualquer juízo quanto ao mérito da causa, que convém ser urgenciado pelo Julgador singular, dada a relevância da questão em debate.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, por maioria, vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (voto-vista) e Francisco Falcão (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília, (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 16.4.2012

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo *Condomínio Shopping Center Iguatemi*, com fulcro na alínea a do art. 105, III da CF, em adversidade a acórdão do TRF da 1ª Região, assim ementado:

Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Decisão do Cade. Condenação de *shopping center* a não estipular cláusula de raio e ao pagamento de multa. Realização de processo administrativo. Presunção de legitimidade do ato. Art. 65 da Lei n. 8.884/93. Oferecimento de fiança bancária para garantir o valor da multa. Provimento parcial do agravo.

1. Caso em que a decisão agravada antecipou a tutela para suspender o julgamento do Cade que condenou o Shopping Iguatemi de São Paulo a) ao pagamento de multa de 2% sobre o seu faturamento bruto; b) a cessar a infração, abstendo-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais; c) a publicar a decisão do Cade, por dias consecutivos, durante uma semana, em jornal de maior circulação da cidade de São Paulo.

2. O art. 65 da Lei n. 8.884/1994 prevê uma condição necessária, *mas não suficiente*, para suspender a execução de toda a decisão do Cade. A garantia do Juízo, em valor suficiente, como no caso, pode até suspender a execução da multa, mas não basta apresentar caução para suspender a obrigação de não fazer, sendo necessária a presença dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela: verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, *caput*, I e II), além da vedação de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º).

3. Tendo sido o julgamento do Cade precedido de processo administrativo que tramitou por longo tempo, no qual foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, há uma presunção de legitimidade na decisão de mérito do Órgão administrativo responsável por garantir a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

4. Nesse contexto, o que transparece verossímil é a vedação de os Shoppings Centers obrigarem seus lojistas a observar de cláusula de raio de forma ilimitada, sem a possibilidade de denúncia pelas partes contratantes, notadamente na hipótese dos autos, em que a cláusula impugnada também não está delimitada no tempo e no espaço e nem definida quanto ao seu objeto.

5. Também relevante o argumento de que cabe ao lojista decidir se quer ou não abrir nova franquia em outro shopping/empreendimento, este próximo ou não, de onde já se encontra estabelecido, sendo dever do Estado reprimir infração a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, para garantir a defesa

do consumidor, na forma da Lei Antitruste, que tipifica as infrações à ordem econômica.

6. Agravo de instrumento ao qual se dá parcial provimento para suspender em parte a decisão judicial agravada e permitir a execução da obrigação de não fazer imposta pelo Cade ao Shopping Iguatemi de São Paulo (abster-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais). Permanece suspensa a execução do título extrajudicial apenas em relação à aplicabilidade da multa, uma vez que suficientemente garantido o Juízo. (fls. 1.333).

2. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Cade contra decisão que, em ação ordinária, deferiu a liminar requerida pelo *Shopping Iguatemi de São Paulo*, ora recorrente, para suspender integralmente a exigibilidade da decisão proferida no Processo Administrativo n. 08012006636/1997-43, consubstanciada no pagamento de multa e na abstenção de inclusão de *cláusulas de raio* em seus contratos de locação de espaços comerciais, uma vez garantido o juízo no valor da multa aplicada (arts. 60 e 65 da Lei n. 8.884/1994).

3. Aduz o recorrente, em síntese, ofensa aos arts. 273 do CPC e 65 e 66 da Lei n. 8.884/1994. Além de fazer digressões sobre a existência de nulidade da decisão proferida pelo Cade, quanto à afronta ao art. 273 do CPC, sustenta o seguinte, no que interessa:

(...) a recorrente também demonstrou a efetiva existência do risco de danos irreparáveis, caso tivesse que aguardar o provimento final da ação. Nesse sentido, o *Iguatemi* demonstrou os seguintes danos e prejuízos iminentes que a manutenção da exigibilidade da decisão do Cade inevitavelmente provocaria:

(i) Em primeiro lugar, o não cumprimento imediato da decisão enseja multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Além disso, o *Iguatemi* está sujeito a todos os reveses de uma execução fiscal, como a inscrição em dívida ativa e no Cadin, o que lhe representará gravames imensuráveis, a saber: a impossibilidade de obter créditos de instituições financeiras oficiais; proibição de contratar com o Poder Público e de efetuar parcelamentos de dívidas tributárias (...);

(ii) Em segundo lugar, a necessidade de cumprimento imediato da decisão do Cade implica a imediata alteração de todos os contratos de locação livremente pactuados pelo *Iguatemi* com os Lojistas-Locatários, o que também representará grave e irreversível prejuízo. Como se demonstrou, se a decisão administrativa não for suspensa, até o provimento final desta lide, lojistas (oportunistas) terão a possibilidade de

se estabeleceram em novas localidades dentro do raio que originalmente tinham livremente concordado evitar, razão pela qual as partes acordaram um determinado valor de aluguel. Isto significa, simplesmente, que, até a sentença final da demanda, o faturamento e fluxo de clientes desses Lojistas dentro do *Iguatemi* serão desviados, o que implicará não apenas a diminuição instantânea do valor do aluguel variável, mas também prejudicará todos os demais lojistas (terceiros) que dependem do fluxo de consumidores do conjunto total de lojas.

(iii) Em terceiro lugar, frise-se que essas novas lojas (abertas pelos lojistas apoiados na decisão do Cade), ao cabo da ação ordinária, vindo ela a ser procedente, não poderão continuar a operar nessas condições. Isso acarretará enormes prejuízos e transtornos, inclusive para terceiros, com a necessidade de dispensa de centenas de empregos. Neste particular, note-se que a *capitis deminutio* imposta pela decisão ao *Iguatemi*, proibindo-o de pode receber ou pleitear reequilíbrio contratual por desrespeito à cláusula e imediato desvio de faturamento potencializa ainda mais o dano apontado!

(iv) Além de todos esses gravíssimos prejuízos, o cumprimento imediato da decisão do Cade, ao impor ao *Iguatemi* a obrigação de publicação em jornal de grande circulação, acaba por impingir verdadeiro caráter de difamação em praça pública do *Iguatemi*. Independentemente do provimento final da ação, o *Iguatemi* será marcado para sempre em sua imagem por essa decisão, cujo fundamento demonstra-se, desde logo, duvidoso. (...).

(...).

Por fim, o Recorrente demonstrou a inexistência do chamado *periculum in mora* reverso, ou seja, a ausência de qualquer risco de dano ou lesão ao Cade e aos interesses tutelados pela Lei n. 8.884/1994, se mantida a decisão de 1ª instância de antecipar os efeitos da tutela em referência (...).

Como o Recorrente demonstrou em sua contraminuta ao Agravo de Instrumento, a ausência de *periculum in mora* reverso torna-se translúcida quando se verifica que o Cade, assim como a SDE-MJ e o Ministério Público, em nenhum momento ao longo dos mais de 10 (dez) anos de instrução do processo administrativo, entenderam ser necessária a adoção de alguma medida preventiva a fim de suspender liminarmente a adoção da cláusula de raio. Ora, como preconiza o art. 52 da Lei n. 8.884/1994, o Cade tem o *dever* de adotar medida preventiva, quando houve indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Portanto, se ao longo de 10 (dez) anos o Cade entendeu que não havia indício de lesão irreparável ao mercado; se a conduta questionada está vigente no mercado há mais de 40 anos, sendo utilizada por todos os agentes econômicos

deste setor; se a cláusula de raio tem sido legitimada por recorrentes decisões judiciais, que suportam sua legalidade inclusive perante a Lei n. 8.884/1994; e se é fato notório que o mercado de shoppings na cidade de São Paulo não pára de crescer há anos, fica então evidente que inexistente qualquer prejuízo para o Cade em aguardar o provimento final da ação proposta (fls. 1.345-1.347).

4. Com contrarrazões (fls. 1.382-1.3993), o recurso foi admitido (fls. 1.395-1.396), tendo sido deferida, pelo Presidente do TRF da 1ª Região, medida liminar para conferir efeito suspensivo ao presente Recurso Especial (MC n. 2008.01.00.061074-6).

5. O MPF, em parecer assinado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Aurélio Virgílio Veiga Rios*, pronunciou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do Recurso Especial, com o consequente afastamento do efeito suspensivo concedido na Medida Cautelar supra citada (fls. 1.891-1.900).

6. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O julgamento deste REsp oportuniza, em primeiro lugar, reafirmar o cabimento dessa modalidade recursal contra acórdão de Tribunal que decide *controvérsia jurídica no âmbito da antecipação de tutela*; o tema não é novo nas cogitações desta Corte Superior, que já o apreciou em mais de uma oportunidade, sob a perspectiva do assento constitucional do Recurso Especial (art. 105, III da Carta Magna), que aponta a existência de *causas decididas em única ou última instância* como um dos seus pressupostos, *sendo certo o alvitre que os provimentos judiciais antecipatórios de tutelas – por serem manifestamente provisórios e precários, além de estarem atrelados a aspectos fáticos – não satisfariam, pelo menos em tese, aquela indicação da Constituição*.

2. Não há dúvida que se trata de questão *evidentemente relevante*, mas de fortíssimo sabor *apenas doutrinário*, por dizer respeito à definição da competência recursal do STJ, pois os precedentes desta Corte Superior têm afirmado a viabilidade processual do REsp contra decisões não definitivas, *desde que não se trate de reexame do seu contexto fático, mas da interpretação da abrangência de certa norma legal*, a viabilizar (ou não) a aplicação do instituto da tutela antecipada (AgReg no REsp n. 1.052.435-RS, Rel. Min. *Castro Meira*, DJUe 5.11.2008);

bem por isso, não refoge por completo à cognição desse recurso raro *o controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares* (REsp n. 696.858-CE, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 1º.8.2006).

3. Já se vê que a orientação desta Corte é claramente afirmativa do cabimento do REsp em casos assim, mas insta anotar que as tutelas judiciais intraprocessuais que ensejam ou proíbem a fruição imediata de *certos bens da vida* não podem ser classificadas como *decisões interlocutórias puras e simples*, pois ressalta dos seus contextos que possuem *carga jurídica de conteúdo substantivo*, por isso que a melhor diretriz é mesmo a de admitir a verificação de sua compatibilidade jurídica com a normatividade infraconstitucional; dar-se-á mais importância, nesse caso, à carga jurídica da decisão do que ao seu perfil formal, embora também valioso.

4. Nem sempre as tutelas antecipatórias estarão calcadas apenas em circunstâncias fáticas, embora a interpretação literal do art. 273 do CPC possa conduzir a tal raciocínio, o que impediria a análise dessa questão por esta Corte, dado o sempre lembrado conteúdo de sua Súmula n. 7; ao contrário, embora mais rara a hipótese, não se pode desprezar situação em que a tutela antecipada seja deferida mais com fundamento no convencimento do Juiz sobre a *verossimilhança do direito*, a partir de uma interpretação de determinada norma legal, do que de aspectos fáticos somente, como parece ser o caso ora em discussão.

5. Assim, sempre que for possível verificar, independentemente de aspectos puramente factuais, a compatibilidade da tutela antecipada com a ordem jurídica; e mais, sempre que se puder verificar a séria *probabilidade* de irreversibilidade do provimento judicial cautelar, é admissível o conhecimento do Recurso Especial.

6. Neste presente caso, cumpre delimitar o campo de investigação do REsp, ora submetido a julgamento, devendo-se observar que se cogita de recurso oriundo de ação de nulidade contrária a processo administrativo que tramitou no *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade*, instaurado em face do *Condomínio Shopping Center Iguatemi*, ao termo do qual imputou-lhe a prática de *infração contra a ordem econômica*, o que motivou a imposição das seguintes sanções:

(a) o pagamento de uma multa pecuniária;

(b) a obrigação de abster-se de incluir nas relações contratuais de locação de espaços comerciais a cláusula de raio, pela qual os lojistas se obrigam a não instalar lojas a pelo menos 2 km de distância do centro de compras, e, finalmente

(c) a obrigação de publicar em jornal a decisão do Cade.

7. Então a empresa ajuizou contra o Cade ação desconstitutiva da decisão proferida no referido processo administrativo, alegando vícios no seu trâmite, e caucionando o valor da sanção pecuniária, para obter a suspensão da execução, a teor do art. 65 da Lei n. 8.884/1994; o Juiz de primeiro grau deferiu-lhe integralmente o pedido de suspensão da exigibilidade do título, mas o Cade agravou dessa decisão e o TRF da 1ª Região reformou parcialmente o *decisum* monocrático, para desimpedir a execução da obrigação de abster-se da inclusão da *cláusula de raio* (obrigação de não fazer); é contra o Acórdão Regional que a empresa agora desafia este REsp, objetivando a *suspensão total* da executividade do título formado na instância administrativa do Cade, tal como o fizera o Juízo Singular.

8. Não há dúvida que a decisão do Cade, impondo multa ou obrigação de fazer ou abster-se reúne todas as características de título executivo extrajudicial (art. 60 da Lei n. 8.884/1994), sendo apto, portanto, para aparelhar a execução forçada, eis que satisfaz por inteiro as exigências próprias da espécie.

9. No que diz respeito à oposição jurídica que o executado manifesta contra a pretensão executória do Cade, releva notar que o oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer medida processual do acionado, para adversar a execução das sanções impostas pelo Cade *não veiculam, em regra, efeito paralisante da iniciativa da Autarquia* (art. 65 da Lei n. 8.884/1994) e *essa é uma característica notável dessa modalidade de execução*; sob esse ângulo, pode-se dizer que a execução prosseguirá normalmente, sem quaisquer empecilhos; mas o efeito suspensivo da execução *poderá ser alcançado*, obstando-se a marcha da execução, se a parte executada prestar adequada, oportuna, justa e ampla garantia idônea (art. 65 da Lei n. 8.884/1994).

10. Na hipótese ora em apreciação, a empresa prestou a referida garantia caucionária, o que poderia levar à conclusão de que a execução contra si estaria suspensa, até porque essa é uma consequência possível e normalmente adotada nos casos em que o juízo executório acha-se adequadamente resguardado, como disciplinavam as regras do Processo de Execução comum e ainda disciplinam as da Execução Fiscal; contudo, a Lei n. 8.884/1994, prevê um *tratamento normativo diferenciado*, pois ainda que prestada a garantia, o efeito suspensivo da execução do título pode ser *motivadamente afastado pelo Juiz*, se a infração à ordem econômica (a) revestir-se de gravidade e, cumulativamente, (b) vislumbrar-se na causa o receio de dano irreparável ou de reparação árdua (art.

66 da Lei n. 8.884/1994); portanto, esse é um juízo vinculado de conveniência e oportunidade.

11. Comentando esse dispositivo legal, o Professor FÁBIO ULHOA COELHO assinala que se trata de *provimento judicial cautelar*, anotando que *esse provimento cautelar se justifica em função da gravidade da infração contra a ordem econômica cometida pelo executado, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 140), o que remete a reflexão do Julgador para investigar a presença desses elementos justificadores da providência de natureza acautelatória.

12. No que diz respeito à jurisdição cautelar, que ganhou autonomia com a edição do CPC de 1973, vale assinalar, com a devida ênfase, que *a primeira nota característica dessa espécie de tutela jurisdicional está na circunstância de fato que lhe serve de pressuposto: ela supõe a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante*, no seguro magistério do Ministro Professor TEORI ALBINO ZAVASCKI (Antecipação da Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 27), em lição de manifesta atualidade; outros autores, como o Professor MARCELO LIMA GUERRA (Estudos sobre o Processo Cautelar, São Paulo, Malheiros, 1997), o Professor OVIDIO BAPTISTA DA SILVA (Do Processo Cautelar, São Paulo, Forense, 2001) e o Professor LUIZ GUILHERME MARINONI (Processo Cautelar, São Paulo, RT, 2008), também frisam essa *nota característica*, de modo que se pode dizer que há uniformidade de pensares doutrinários, quanto a esse ponto.

13. Desse modo, uma vez prestada a garantia, o afastamento do efeito suspensivo da execução do Cade dependeria da constatação de que a iniciativa da Autarquia ostenta-se plausível e, ainda, que a não efetivação *imediata* da força executória do título do Cade produzira *danos de grave monta*; dest'arte, deve-se definir se a alegação de *legitimidade* da cláusula de raio tem (ou não) pelo menos *aparência de se sustentar juridicamente*, bem como se a sua não exclusão *incontinenti* traria danos relevantes (graves) e de reparação custosa.

14. A aludida *cláusula de raio* é típica e tradicional nos contratos locacionais de espaços comerciais em centros de compras e a sua função é sobretudo a de preservar os investimentos exigidos na iniciativa econômica de implantação desses megaempreendimentos, estando *provavelmente* a sua inserção nos pactos respectivos ao abrigo da autonomia das vontades dos contratantes.

15. Mas, por outro lado, a imputação de que essa avença (a da cláusula de raio) *lesiona os interesses da comunidade de consumidores* também não pode ser descartada de logo e logo, por isso que convém balançar ou ponderar esses dois valores (a liberdade de contratar e a defesa dos consumidores), para se definir qual deles deverá ter *incidência preferencial na solução da pendência relativa à execução imediata da decisão do Cade*, mas sem que um deles anule ou elimine a extrema importância jurídica do outro.

16. Considero, assim à primeira vista, que se a empresa fosse compelida e abster-se, desde já, da inserção da cláusula de raio em seus contratos com os lojistas do seu centro de compras, estaria plenamente atendida a pretensão executória do Cade, de sorte que a eventual procedência da impugnação deduzida pela empresa *encontraria uma situação consolidada*, que não poderia ser desconstituída pela só eficácia da decisão judicial.

17. De fato, *se abolida imediatamente a cláusula de raio*, poderiam ser inauguradas, na cercania (ou no entorno) do centro de compras, lojas concorrentes das já instaladas no seu espaço interno, *sendo claro que a posterior interdição dessas mesmas lojas (na hipótese de improcedência da execução do Cade), esbarraria em resistências legítimas, calcadas inclusive no vulto dos investimentos então já realizados para a sua instalação*.

18. De outro lado, a eliminação (futura) da *cláusula de raio* seria mais proporcional à equalização da controvérsia, inclusive atentando-se para o fato de que esta é uma disposição *histórica e tradicional*, nos contratos de centos de compras, e que, mesmo a decisão do Cade demorou mais de 10 anos para ser proferida e não encontrou consenso; na verdade, na eventualidade de procedência da execução do Cade, os efeitos da eliminação da cláusula de raio *serão decorrentes diretamente da força da própria decisão judicial, não se requerendo nenhuma outra iniciativa judicial ulterior, o que não ocorreria, se essa dita cláusula fosse já agora eliminada, atendendo-se a pretensão executória do Cade de forma satisfativa, tendo a sua eventual reversão de se submeter a outro procedimento*.

19. Aliás, a reversibilidade dos efeitos da tutela cautelar, pela eficácia direta da decisão do feito principal, é tida como um limite ao poder cautelar do Juiz, *que não poderá, na própria medida provisória, resolver a lide*; anote-se que a reversibilidade deve ser entendida como a *restituição das partes à situação jurídica em que se achavam antes das demandas*.

20. Assim, é relevantíssimo e indispensável reconhecer o préstimo processual das medidas judiciais provisórias, mas não devem ser prodigalizadas

à mão larga – nem em favor dos litigantes privados, nem em favor das partes públicas – senão adotadas parcimoniosamente e apenas nos casos de *caracterizada necessidade*; sem essa moderação, corre-se o risco de banalizar ou vulgarizar a sua notável eficácia preventiva, com prejuízo evidente ao desempenho regular de atividades econômicas produtivas ou restrições patrimoniais injustificáveis.

21. No REsp em julgamento, não estão configurados os elementos normativos da situação que justificariam a aplicação o art. 66 da Lei n. 8.884/1994, de modo que se há de ensejar a aplicação do art. 65 da mesma Lei para reger a situação em concreto.

22. O Recurso Especial merece provimento, para assegurar a suspensão provisória (mas limitada no tempo) da execução do título executivo gerado pelo Cade, até a decisão da lide nas instâncias competentes, que convém ser urgenciada, mas sem a emissão de qualquer juízo quanto ao mérito da causa. É como voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Shopping Center Iguatemi - SP*, contra o acórdão que deu provimento a agravo de instrumento, permitindo ao *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade*, impor ao recorrente obrigação de não fazer, consistente na abstenção da exigência da chamada “cláusula de raio” em seus contratos de locação de espaços comerciais, pela qual o lojista fica proibido de se estabelecer na vizinhança do Shopping Center.

O recorrente *Shopping Center Iguatemi*, alega que a decisão feriu o artigo 273 do CPC, além dos artigos 65 e 66 da Lei n. 8.884/1994, alegando em síntese:

- a) que estará sujeito a multa diária, acaso não cumpra a decisão;
- b) o cumprimento da decisão implicará na alteração de todos os contratos de locação hoje vigentes, com a possibilidade de que haja desvio no fluxo de clientes e faturamento dentro do Iguatemi;
- c) a decisão deverá trazer prejuízos e transtornos, inclusive a terceiros, com a possível dispensa de empregados, diante da impossibilidade de se manter as lojas operando nas novas condições;

O MPF se pronunciou, através do Procurador Aurélio Virgílio Veiga Rios, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu não provimento.

Analisando o recurso especial o nobre relator, Ministro Ministro Napoleão Nunes Maia, entendeu pelo provimento do recurso especial, observando que a retirada da “cláusula de raio” através de decisão transitória constituiria uma situação que poderia gerar consolidação de difícil reversão, porquanto importaria na instalação de lojas nas cercanias do Shopping, criando novas situações jurídicas.

Por sua vez o ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, divergiu da decisão e não conheceu do recurso, afirmando que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de não conhecer do recurso especial em que se controverte a respeito da presença ou não dos requisitos da antecipação da tutela previstos no art. 273 do CPC, cujo exame importa na análise de matéria de fato.

O nobre Ministro Benedito Gonçalves acompanhou o relator pelo provimento do recurso especial.

Para melhor examinar a questão pedi vista dos autos.

Analisando percucientemente os autos verifico que assiste razão ao relator.

É que na hipótese dos autos não se faz necessário o reexame do conjunto probatório para visualizar a ocorrência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, porquanto, efetivamente, a decisão agravada constituiria uma situação que poderia gerar consolidação de difícil reversão.

Tais as razões expendidas, acompanhando integralmente o voto do Ministro Relator, dou provimento ao recurso.

É o voto vista.

#### **VOTO-VISTA**

Ementa: Administrativo. Recurso especial. Ação de nulidade de processo administrativo do Cade. Suspensão provisória tão somente da multa aplicada. Permissão de exigibilidade da obrigação de não fazer (abstenção de inclusão de cláusulas de raio nos contratos locatícios). Provimento que não se baseia em elementos fáticos. Perigo de irreversibilidade da medida. Recurso especial provido.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Tratam-se os autos, originalmente, de ação de ordinária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi de São Paulo em desfavor do

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), visando anular o acórdão proferido por este órgão, que, em processo administrativo, impôs ao autor, em decorrência da prática de infração contra a ordem econômica, as seguintes sanções: i) pagamento de multa; ii) abstenção de inclusão de *cláusulas de raio* em seus contratos de locação de espaços comerciais; e iii) publicação da decisão em jornal de grande circulação em São Paulo.

O pleito antecipatório foi deferido para suspender integralmente a exigibilidade da decisão do Cade, mediante a garantia do juízo no valor da multa aplicada, nos termos dos artigos 60 e 65 da Lei n. 8.884/1994.

O Tribunal, por sua vez, entendeu por bem dar parcial provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo Cade, para suspender em parte o *decisum* administrativo, permitindo a execução da obrigação de não fazer (abster-se de incluir e exigir cláusulas de raio nos contratos) e mantendo suspensa apenas a execução da multa, uma vez que suficientemente garantido o juízo.

No presente recurso especial, o Iguatemi pretende a suspensão total da exigibilidade do título formado na instância administrativa do Cade, alegando violação aos seguintes artigos: i) 65 da Lei n. 8.884/1994, posto que a suspensão de exigibilidade nele prevista abrange todo o título executivo e não somente parte dele; ii) 64 da Lei n. 8.884/1994, eis que a exceção nele prevista não se encontra configurada no caso dos autos; e iii) 273 do CPC, em razão da presença dos requisitos para o provimento antecipatório, principalmente ante a possibilidade de lojistas-locatários instalarem-se imediatamente em locais próximos ao Shopping.

Após o voto do Ministro Relator, Sr. Napoleão Maia, dando provimento ao recurso especial para assegurar a suspensão provisória (limitada no tempo) da execução integral do título executivo gerado pelo *Cade*, até a decisão da lide nas instâncias competentes, mas sem a antecipação de qualquer juízo quanto ao mérito da causa, que convém ser urgenciado, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, proferiu voto-vista divergente, não conhecendo do recurso especial.

Para melhor reflexão sobre a questão, pedi vista dos autos, e, após detida análise dos argumentos das partes, acompanho o voto do eminente Relator.

Faço isso porque verifiquei que a antecipação de tutela não foi analisada pelo Tribunal de origem à luz de elementos fáticos dos autos, além de que não foi ponderado a respeito da irreversibilidade do provimento antecipado, o que veda a sua concessão, a teor do disposto no § 2º, do artigo 273 do CPC.

Com efeito, entendeu a Corte *a quo* que, segundo o referido artigo, a garantia do juízo é suficiente para suspender a exigibilidade da multa que foi imposta ao Shopping, mas não a da obrigação de não fazer prevista nesse mesmo título executivo emitido pelo Cade.

Permitiu, assim, a execução do comando obrigacional, ao fundamento de que: i) há presunção de legitimidade do ato administrativo; ii) não há delimitação de tempo, espaço e objeto na cláusulas de raio inseridas nos contratos locatícios; e iii) cabe ao lojista-locatário a decisão de abrir ou não um novo estabelecimento, não podendo o Estado reprimir tal liberdade de iniciativa.

Como visto, o provimento foi antecipado em face de mera opinião do julgador, a partir da interpretação da norma contida no artigo 65 da Lei n. 8.884/1994, sem se ater a aspectos fáticos e tampouco à séria probabilidade de irreversibilidade da decisão, o que, por si só, impede a sua concessão.

A esse respeito, bem asseverou o e. Min. Relator, cujo trecho do voto transcrevo abaixo:

*Considero, assim à primeira vista, que se a empresa fosse compelida e abster-se, desde já, da inserção da cláusula de raio em seus contratos com os lojistas do seu centro de compras, estaria plenamente atendida a pretensão executória do Cade, de sorte que a eventual procedência da impugnação deduzida pela empresa encontraria uma situação consolidada, que não poderia ser desconstituída pela só eficácia da decisão judicial.*

**17. De fato, se abolida imediatamente a cláusula de raio, poderiam ser inauguradas, na cercania (ou no entorno) do centro de compras, lojas concorrentes das já instaladas no seu espaço interno, sendo claro que a posterior interdição dessas mesmas lojas (na hipótese de improcedência da execução do Cade), esbarraria em resistências legítimas, calcadas inclusive no vulto dos investimentos então já realizados para a sua instalação.**

Sendo assim, considerando que o provimento antecipado implica na esfera de direitos subjetivos de terceiros, que eventualmente venham a realizar contratos de franquia nas proximidades do Shopping, ocasionando situação de difícil reversão, tenho que o artigo 273 do CPC restou violado, ante a falta de análise da existência de todos os requisitos legais.

Nesse sentido:

Recurso especial. Violação do artigo 535, I e II, do CPC. Não-ocorrência. Ação civil pública. Concessão de tutela antecipada. Cancelamento de enfiteuse.

1. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. É prescindível a intimação da parte contrária para oferecer contra-razões a recurso se ela não havia sido citada e, por conseguinte, ainda não integrava a lide.

3. Não cabe a intimação do assistente para interposição de contra-razões se ele ainda não havia sido admitido na lide.

4. O posterior comparecimento do Ministério Público, ratificando os atos até então praticados, supre a ausência de sua manifestação antes da prática do ato.

5. Incabível a análise do cabimento da ação civil pública em recurso especial interposto contra acórdão que tratou exclusivamente da antecipação de tutela.

6. Há violação do artigo 273 do CPC quando a tutela antecipada é concedida sem a análise da existência de todos os requisitos legais.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp n. 750.702-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 11.2.2010).

Tutela antecipada: requisitos. Deferimento liminar.

1. *Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a 'prova inequívoca', a 'verossimilhança da alegação', o 'fundado receio de dano irreparável', o 'abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu', ademais da verificação da existência de 'perigo de irreversibilidade do provimento antecipado', tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso.*

2. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* malfere a disciplina do art. 273 pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei n. 8.952/1994.

3. Recurso especial não conhecido (Terceira Turma, REsp n. 131.853-SC, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 8.2.1999).

Administrativo. Processual Civil. Embargos declaratórios nos embargos declaratórios no agravo regimental no agravo de instrumento. Curso superior. Ingresso. Pedido julgado improcedente nas instâncias ordinárias. "Teoria do fato consumado". Tese não apreciada por ausência de prequestionamento. Omissão. Inexistência. Incidência da Súmula n. 282-STF. Exame de ofício. Impossibilidade. Conclusão do curso após julgamento do agravo de instrumento. Fato novo. Inexistência. Embargos rejeitados.

(...)

4. A tutela antecipada tem por característica sua interinidade, pois, "tomada em determinada fase de tutela, prosseguirá o processo até final julgamento"

(MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2006, p. 68).

5. *Toda e qualquer tutela antecipada deve ser passível de reversibilidade, nos termos do art. 273, § 2º, do CPC, porquanto sua validade vincula-se à sorte do pedido principal, a ser resolvido na sentença.* A propósito, confira-se a doutrina de TEORI ALBINO ZAVASCKI: “No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: *antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo*” (In Antecipação de Tutela. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97).

6. *As medidas cautelares exercem “em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial”* (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência [tentativa de sistematização]. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27).

7. A conclusão do curso de medicina após o julgamento do agravo de instrumento, por esta Corte, não constitui fato novo, na forma do art. 462 do CPC, por se tratar de mero desdobramento da situação jurídica precariamente constituída por força de anterior decisão judicial liminar, que se tornou insubsistente em virtude do julgamento de improcedência do pedido da autora, ora embargante, em ambas as Instâncias ordinárias.

8. Outrossim, a adoção de entendimento contrário, como pleiteado pela parte embargante, importaria no provimento do recurso especial inadmitido na origem, malgrado seus pressupostos de admissibilidade não se encontrem preenchidos.

9. Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag n. 1.294.707-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 13.10.2011).

Processual Civil e Administrativo. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Multa do art. 538, p. ún., do CPC. Afastamento. Aplicação da Súmula n. 98 desta Corte Superior. Poder de polícia. Mercadorias provenientes do estrangeiro. Tutela antecipada visando sua liberação. Impossibilidade. Art. 1º da Lei n. 2.770/1956.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Precedente.

2. Presente o nítido caráter prequestionador, deve ser afastada a multa aplicada pela origem com base no art. 538, p. ún., do CPC, na forma da Súmula n. 98 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Embora o Supremo Tribunal Federal (STF) venha sinalizando pela necessidade de conferir interpretação conforme às normas que vedem genericamente a concessão de tutela antecipada, não existe pronunciamento específico acerca do art. 1º da Lei n. 2.770/1956, que permanece vigente e, portanto, deve ser aplicada, sob pena de desrespeito à Súmula Vinculante n. 10.

4. Na espécie, trata-se de mercadorias provenientes do exterior apreendidas pelo Fisco em razão da suspeita de subfaturamento, com possível aplicação da pena de perdimento. Plenamente incidente, pois, o art. 1º da Lei n. 2.770/1956. Precedentes.

5. O art. 273, § 2º, do CPC veda a concessão de tutela em situações nas quais haja perigo de irreversibilidade do provimento judicial. Frise-se que o desembaraço antecipado das mercadorias (kits de cartas de baralho), considerando ser possível a venda a varejo, pode impedir eventual cominação do perdimento.

6. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 1.184.720-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.9.2010).

Ante o exposto, acompanhando o voto do relator, dou provimento ao recurso especial, para suspender a execução integral do título executivo gerado pelo Cade, até a decisão da lide nas instâncias competentes.

É como voto.

#### VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Medida liminar de natureza antecipatória. Limites da sua revisibilidade por recurso especial. Inviabilidade de reexame dos pressupostos da relevância do direito e do risco de dano.

1. A jurisprudência dominante no STJ é no sentido de não conhecer de recurso especial em que se controverte a respeito da presença ou não dos requisitos da antecipação da tutela previstos no art. 273 do CPC, para cujo exame faz-se indispensável análise de matéria de fato. Precedentes de todas as turmas do STJ.

2. Considera-se, também, que não cabe, sob o pretexto de discutir a verossimilhança do direito, invocar violação a norma que diga respeito ao próprio mérito da causa, a cujo respeito, nessa fase, o juízo

efetuado nas instâncias ordinárias é apenas de verossimilhança, sendo que, não raro, a matéria de mérito é regrada por normas constitucionais ou normas de direito local, insuscetíveis de apreciação em recurso especial. Precedentes.

3. Assim, os acórdãos dos tribunais locais sobre medidas liminares, cautelares ou antecipatórias somente podem ser revisados por recurso especial quando se alega que neles houve ofensa direta e imediata aos preceitos normativos federais que disciplinam tais medidas, nomeadamente quando o seu deferimento se deu em caso que a lei expressamente o proibia ou sem a observância de procedimentos por ela exigidos.

4. No caso concreto, o recurso especial veio fundado na alegação de ofensa a dispositivos que envolvem o próprio mérito da questão controvertida. Mesmo a alegação de ausência de *fumus boni iuris* (relevância do direito), com ofensa a normas do CPC sobre antecipação de tutela (art. 273, especialmente) representa, nesse contexto, um modo indireto de provocar o exame daquela questão de fundo, que, conforme reafirmado, ainda não recebeu julgamento definitivo nas instâncias ordinárias.

5. Recurso especial não conhecido.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. No autos do Processo n. 2008.34.00.010553-0, em trâmite na 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi deferida antecipação de tutela nos seguintes termos:

Trata-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, proposta por Condomínio Shopping Center Iguatemi contra o Cade, a fim de, liminarmente, suspender os efeitos da decisão proferida no Processo Administrativo 08012.006636/1997-43, até julgamento final da lide.

(...)

Com efeito, o deferimento da tutela antecipada requer prova de verossimilhança das alegações, risco de dano irreparável, caso não concedida no início do processo, bem como que não haja perigo de irreversibilidade do comando emergencial postulado, nos termos do art. 273 do CPC.

No presente caso, a parte autora sustenta o seu direito na existência de nulidade do processo administrativo.

O objeto do processo administrativo em questão envolve matéria de considerável complexidade, concernente ao possível envolvimento da requerente em prática anti-concorrenciais.

Contudo, nos termos dos artigos 60 e 65 da Lei n. 8.884/1994, é admitida a suspensão da execução de decisão do Cade por intermédio de depósito do valor da multa aplicada ou de prestação de caução que garanta o cumprimento da decisão proferida nos autos, *in verbis*:

Art. 60. A decisão do Plenário do Cade, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

Em decorrência, entendo razoável o pedido formulado pela parte autora de suspensão da decisão do Cade, mediante oferecimento de caução idônea, integral e líquida, no valor da multa aplicada, representada por carta de fiança bancária.

Por sua vez, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação é configurada pela iminência da autora sofrer execução judicial da decisão impugnada, a qual a mesma se encontra descumprindo.

Assim sendo, presentes os requisitos, defiro o pedido de antecipação de tutela para suspender, em relação à parte autora, a exigibilidade da decisão proferida pelo Cade nos autos do Processo Administrativo n. 08012006636/1197-43, condicionando a suspensão à apresentação de carta de fiança bancária no valor total da multa aplicada, ou ainda, ao depósito integral do valor da multa aplicada, no prazo de 05 (cinco) dias.

Cumprida a determinação supra, intime-se o Cade para imediato cumprimento deste *decisum* (fls. 18-19).

Esta decisão foi atacada por agravo de instrumento interposto pelo Cade, o qual foi provido em parte pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região pelos fundamentos sumariados na ementa que se transcreve:

Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Decisão do Cade. Condenação de shopping center a não estipular cláusula de raio e ao pagamento de multa. Realização de processo administrativo. Presunção de legitimidade do ato. Art. 65 da Lei n. 8.884/93. Oferecimento de fiança bancária para garantir o valor da multa. Provimento parcial do agravo.

1. Caso em que a decisão agravada antecipou a tutela para suspender o julgamento do Cade que condenou o Shopping Iguatemi de São Paulo a) ao pagamento de multa de 2% sobre o seu faturamento bruto; b) a cessar a infração, abstando-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais; c) a publicar a decisão do Cade, por dias consecutivos, durante uma semana, em jornal de maior circulação da cidade de São Paulo.

2. O art. 65 da Lei n. 8.884/1994 prevê uma condição necessária, *mas não suficiente*, para suspender a execução de toda a decisão do Cade. A garantia do Juízo, em valor suficiente, como no caso, pode até suspender a execução da multa, mas não basta apresentar caução para suspender a obrigação de não fazer, sendo necessária a presença dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela: verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, *caput*, I e II), além da vedação de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º).

3. Tendo sido o julgamento do Cade precedido de processo administrativo que tramitou por longo tempo, no qual foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, há uma presunção de legitimidade na decisão de mérito do Órgão administrativo responsável por garantir a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

4. Nesse contexto, o que transparece verossímil é a vedação de os Shoppings Centers obrigarem seus lojistas a observar de cláusula de raio de forma ilimitada, sem a possibilidade de denúncia pelas partes contratantes, notadamente na hipótese dos autos, em que a cláusula impugnada também não está delimitada no tempo e no espaço e nem definida quanto ao seu objeto.

5. Também relevante o argumento de que cabe ao lojista decidir se quer ou não abrir nova franquia em outro shopping/empreendimento, este próximo ou não, de onde já se encontra estabelecido, sendo dever do Estado reprimir infração a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, para garantir a defesa do consumidor, na forma da Lei Antitruste, que tipifica as infrações à ordem econômica.

6. Agravo de instrumento ao qual se dá parcial provimento para suspender em parte a decisão judicial agravada e permitir a execução da obrigação de não fazer imposta pelo Cade ao Shopping Iguatemi de São Paulo (abster-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais). Permanece suspensa a execução do título extrajudicial apenas em relação à aplicabilidade da multa, uma vez que suficientemente garantido o Juízo.

No recurso especial, o Condomínio Shopping Iguatemi aponta violação aos seguintes dispositivos: (a) art. 65 da Lei n. 8.884/1994, afirmando que, (i) “Da leitura do referido dispositivo, resta claro que a suspensão da exigibilidade

aqui prevista abrange todo o título executivo”; (ii) “A Lei, em nenhum momento sequer, faz alguma distinção de quais partes poderão ou não ter sua exigibilidade suspensa, mediante a garantia integral do juízo”; (iii) “No caso em tela (...), o v. acórdão criou uma distinção que, à toda vista, simplesmente não existe no artigo 65 da Lei n. 8.884/1994”; (iv) “Tal dispositivo trata da possibilidade de suspensão da exigibilidade do título executivo do Cade como um todo, não fazendo qualquer exceção e, tampouco, criando requisitos adicionais para a suspensão de partes específicas da decisão do Cade” (fls. 1.363-1.364); (b) art. 66 da Lei n. 8.884/1994, sustentando que (I) “Aqui, a Lei n. 8.884/1994 cria uma exceção à regra geral do art. 65 (segundo a qual a garantia do juízo suspende integralmente o título executivo), estipulando que, somente nas hipóteses em que houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, poderá o Juiz, mesmo garantido o juízo na forma do art. 65, determinar a adoção imediata de providências na decisão do Cade, no todo ou em parte”; (II) “No presente caso, o Cade, em suas razões do agravo de instrumento, sustentou genericamente que haveria um *‘impacto concorrencial do não cumprimento das obrigações de não fazer impostas (...)’*” (fl. 1.365); (III) “Se, ao longo de 10 (dez) anos o Cade nunca entendeu necessária a adoção de uma medida preventiva, logo nunca houve qualquer indício de lesão irreparável ao mercado”; e (IV) “Dizer simplesmente, como decidiu o egrégio Tribunal *a quo*, que há urgência pela razão de a decisão do Cade deve ser cumprida desde logo é, *data maxima venia*, fazer tábula rasa da lei, que é expressa em afirmar que, uma vez garantido o juízo na forma do art. 65 da Lei n. 8.884/1994, para que se adote medidas imediatas faz-se necessário que haja *‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’*” (fl. 1.366); (c) art. 273 do CPC, alegando, em síntese, que “não pode prevalecer o venerando acórdão ora recorrido, tendo em vista que é manifesta a verossimilhança das alegações deduzidas pela Recorrente e, para além disso, está presente a urgência e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...)” (fl.1.367), mencionando, no ponto, a multa diária no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e a possibilidade de os lojistas-locatários instalarem-se imediatamente em locais próximos ao *shopping*, o que afetará de forma negativa o seu faturamento (fl. 1.372). Pede, ao final, seja provido o recurso especial para, “corrigindo-se as diversas contrariedades às leis federais acima apontadas, seja cassado o venerando acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do agravo de instrumento interposto pelo Cade, ora Recorrido, negando-se provimento ao aludido agravo de instrumento para confirmar a tutela antecipada deferida nesta demanda em primeira instância” (fl. 1.375).

Em contra-razões, o Cade pede o desprovimento do recurso especial.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 1.891-1.900, opina pelo “não conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do recurso especial, afastando o efeito suspensivo concedido na Medida Cautelar n. 2008.01.00.0611074-6” (fl. 1900).

Na sessão do dia 1º.12.2011, o Relator, Min. Napoleão Nunes Maia, deu provimento ao recurso especial para “assegurar a suspensão provisória (mas limitada no tempo) da execução do título executivo gerado pelo Cade, até a decisão da lide nas instâncias ordinárias, que convém ser urgenciada, mas sem a emissão de qualquer juízo sobre o mérito da causa”.

Pedi vista.

2. Sobre o tema da revisibilidade, pelas instâncias extraordinárias, das decisões liminares de natureza cautelar ou antecipatória, reporto-me a voto proferido como relator no REsp n. 908.844, 1ª Turma, DJ de 23.04.2007:

4. A jurisprudência dominante no STJ é no sentido de não conhecer de recurso especial em que se controverte a respeito da presença ou não dos requisitos da antecipação da tutela previstos no art. 273 do CPC. Considera-se, de um modo geral, que o exame de tais requisitos supõe análise de matéria de fato, o que faz incidir a Súmula n. 7-STJ. Nesse sentido: REsp n. 640.167-MG, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 17.12.2004; AgRg no REsp n. 714.368-SP, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 29.8.2005; AgRg no AG n. 738.154-SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 19.6.2006; REsp n. 436.401-PR, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 15.8.2005; REsp n. 722.972-SP, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 24.5.2006; REsp n. 845.115-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2006; REsp n. 663.240-PR, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 2.10.2006; AgRg no REsp n. 579.878-SP, 3ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.6.2004; AgRg no REsp n. 826.585-RJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º.8.2006; AgRg no REsp n. 598.939-SP, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13.6.2005; REsp n. 165.339-MS, 5ª Turma, Min. Jorge Scartezini, DJ de 5.3.2001; AgRg no Ag n. 428.143-PR, 5ª Turma, Min. Edson Vidigal, DJ de 29.4.2002; REsp n. 505.729-RS, 5ª Turma, Min. Felix Fischer, DJ de 23.6.2003; AgRg no REsp n. 504.427-PR, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJ de 6.2.2006; REsp n. 373.775-RS, 6ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1º.7.2002; AgRg no Ag n. 481.205-MG, 6ª Turma, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 26.6.2006; REsp n. 446.492-RS, 6ª Turma, Min. Paulo Gallotti, DJ de 2.10.2006.

5. Há orientação assentada, também, de que não cabe, sob o pretexto de discutir a verossimilhança do direito, invocar violação a norma que diga respeito ao próprio mérito da causa, a cujo respeito, nessa fase, o juízo efetuado nas instâncias ordinárias é apenas de verossimilhança, sem falar que, não raro, a matéria de mérito é regrada por normas constitucionais ou normas de direito

local, insuscetíveis de apreciação em recurso especial. Nesse sentido: REsp n. 626.930-RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.9.2006; REsp n. 745.075-RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 9.10.2006; REsp n. 627.727-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 20.2.2006; REsp n. 776.101-RJ, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 24.10.2005; REsp n. 235.381-RS, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 24.6.2002; REsp n. 719.483-SC, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1º.2.2006; REsp n. 573.372-RS, 5ª Turma, Min. Jorge Scartezini, DJ de 1º.7.2004.

6. De nossa parte, consideramos que os acórdãos dos tribunais locais sobre medidas liminares, cautelares ou antecipatórias, somente estão sujeitos a recurso especial quando se alega que houve ofensa direta e imediata às normas legais que disciplinam tais medidas, nomeadamente quando o seu deferimento se deu em caso que a lei expressamente o proibia ou sem a observância de procedimentos nela exigidos. Nesse sentido, sustentamos o seguinte no REsp n. 765.375-MA:

1. Os recursos para a instância extraordinária (recurso extraordinário e recurso especial) somente são cabíveis em face de “causas decididas em única ou última instância” (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF e nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo. É o que ocorre com as medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória. Tais medidas, como se sabe, são conferidas à base de juízo de mera verossimilhança do direito invocado (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Justamente por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito da controvérsia, as medidas antecipatórias e cautelares devem ser confirmadas (ou, se for o caso, revogadas) pela sentença que julgar o mérito da causa, podendo, ademais, ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, inclusive pelo próprio órgão que as deferiu (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807). Somente com a sentença, portanto, é que se terá o pronunciamento definitivo sobre as questões jurídicas enfrentadas, em juízo perfunctório, na apreciação das liminares. A natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em sede liminar desqualifica, assim, o requisito constitucional do esgotamento das instâncias ordinárias, indispensável ao cabimento do recurso extraordinário e do especial.

3. Com base nesse entendimento, o STF editou a Súmula n. 735, segundo a qual “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Os precedentes que deram suporte à edição dessa súmula deixam claro que a interdição da via recursal extraordinária não decorre da simples circunstância de ser interlocutória a decisão que concede a liminar, mas sim de se tratar de decisão provisória, ainda sujeita a revogação ou modificação nas instâncias ordinárias. Sendo decisões provisórias não

satisfazem o pressuposto constitucional de “causa decidida em única ou última instância”. Eis as ementas e os excertos mais ilustrativos dos citados precedentes:

a) AgRg no AG n. 252.382-PE, Primeira Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 24.03.2000:

*Ementa:* Agravo regimental. Não cabimento de recurso extraordinário contra acórdão que defere liminar por entender que ocorrem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Em se tratando de acórdão que deu provimento ao agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra **a** do inciso III do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Agravo a que se nega provimento.

Voto:

1. (...). *Com efeito, em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir liminar pleiteada por entender que havia o fumus boni iuris e o periculum in mora, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipóteses de cabimento do recurso extraordinário pela letra 'a' do inciso III do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo.*

b) RE n. 263.038-PE, Primeira Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.04.2000:

*Ementa: RE: cabimento: decisão cautelar, desde que definitiva: conseqüente inadmissibilidade contra acórdão que, em agravo, confirma liminar, a qual, podendo ser revogada a qualquer tempo pela instância a quo, é insusceptível de ensejar o cabimento do recurso extraordinário, não por ser interlocutória, mas sim por não ser definitiva.*

Voto:

Não obstante o tema do apelo esteja respaldado pela decisão plenária do Supremo Tribunal (RREE n. 227.832, 233.807, T. Pleno, 1º.7.1999, Velloso, Inf. 155), a decisão recorrida não comporta recurso extraordinário. Impugna-se decisão cautelar que, negando provimento ao agravo, manteve o deferimento de liminar em ação cautelar, porque - aduz o RE - seria improcedente a pretensão principal - no caso, gozo da imunidade tributária. Certo, há muitas décadas é firme no Tribunal a admissibilidade do recurso extraordinário contra decisões interlocutórias nas quais, entretanto, se contenha, por força da preclusão consequente, a decisão definitiva da questão federal nas instâncias ordinárias. A jurisprudência é vetusta (cf. Cordeiro de Mello, **O Processo no Supremo Tribunal Federal**, Fr. Bastos, 1964, II/703) tem por si os clássicos (Pedro Lessa, **Do Poder Judiciário**, 1915, p. 119; Epitáfio Pessoa, **Recurso Extraordinário**, Rev. de Direito, Matos Peixoto, **Recurso Extraordinário**, Fr. Bastos, 1935, p. 210; Castro Nunes, **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Forense, p. 334; Costa Manso, **Processo na Segunda Instância**, 1º/170; Afonso da Silva, **Do Recurso Extraordinário no Proc. Civil**, ed. RT, 1963, p. 276 ss.). Não o desconheceu a recente L. 9.756/1998, que introduziu o § 3º ao art. 542 C.Pr.Civ, para prescrever que, '*interpostos contra decisão interlocutória ao processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução*', o recurso extraordinário, ou o especial ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões': pelo contrário, ao determinar a retenção na hipótese, pressupôs a lei corretamente a admissibilidade contra decisões interlocutórias. Cuida-se, porém, de admissibilidade subordinada - resulta da invariável jurisprudência de priscas eras e dos mestres recordados - à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância *a quo* no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar. Em caso similar, no qual lhe acompanhei o voto, consignou no voto condutor o em. Ministro Moreira Alves - AgRAg n. 252.362, 15.02.2000, Inf. STF 178:

(...) em se tratando de acórdão que deu provimento a agravo para deferir a liminar pleiteada por entender que havia o

*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que o aresto afirmou, com referência ao primeiro desses requisitos, foi que os fundamentos jurídicos, (no caso, constitucionais) do mandado de segurança eram relevantes, o que, evidentemente, não é manifestação conclusiva da procedência deles para ocorrer a hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra **a** inciso I do artigo 102 da Constituição (que é a dos autos) que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência ou por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo.

*Falta, pois, à decisão recorrida - ao menos no tópico que a impugna o recurso extraordinário - a qualificação de definitividade, que a faz susceptível de recurso extraordinário.*

c) AgRg no AG n. 245.703-2-SP, Segunda Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 25.02.2000:

*Ementa: RE. Demanda cautelar. Liminar. A liminar concedida em demanda cautelar, objeto de confirmação no julgamento de agravo de instrumento, não é impugnável mediante recurso extraordinário.*

Voto:

*(...) Quer se trate de liminar em mandado de segurança, quer em ação cautelar, a decisão proferida não se enquadra na previsão do artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, considerada a redação imprimida pela Lei n. 9.756/1998. A razão é muito simples: respeitado o preceito, o recurso extraordinário interposto, uma vez julgada a própria ação cautelar, ficará prejudicado. Por isso, declarei-o inadequado á espécie. A prevalecer a óptica do Agravante e presente o predicado 'utilidade' determinar-se-á, de imediato, o processamento, se for o caso, recurso extraordinário. A liminar é decisão precária e efêmera que não desafia a recorribilidade extraordinária. Desprovejo.*

d) AgRg no AG n. 219.053-RS, Primeira Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.03.2001:

*Ementa: Recurso extraordinário: não cabimento contra acórdão que defere liminar por julgar presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. Entretanto não informado pelas alegações deduzidas no agravo regimental.*

Voto:

*Não tem razão o agravante. (...) Terceiro, a definitividade exigida pelos precedentes em que se fundou a decisão agravada não se satisfaz com o fato de não caber outro recurso ordinário da decisão recorrida,*

*mas supõe, além disso, que esse pronunciamento já não seja revogável a qualquer momento no curso do processo, nem constitua, a respeito da questão constitucional debatida, um juízo de mera delibação (...).*

e) RE n. 232.387-1-RO, Primeira Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 17.05.2002:

*Ementa: - Recurso Extraordinário. Esta Corte, por ambas as suas Turmas (assim, por exemplo, no RE 234.153, nos AGRAG n. 252.382 e 219.053, e no AgR n. 234.144), tem decidido que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere, ou mantém, liminar por entender, em última análise, que ocorrem os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, porquanto a aferição da existência deles, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento desse recurso pela letra **a** do inciso III do artigo 102 da Constituição, que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência, por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo. Recurso extraordinário não conhecido.*

Voto:

*1. Esta Corte, por ambas as suas Turmas (assim, por exemplo, no RE n. 234.153, nos AGRAG n. 252.382 e 219.053, e no AgR n. 234.144), tem decidido que não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere, ou mantém, liminar por entender, em última análise, que ocorrem os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, porquanto a aferição da existência deles, além de se situar na esfera de avaliação subjetiva do magistrado, não é manifestação conclusiva de sua procedência para ocorrer a hipótese de cabimento desse recurso pela letra **a** do inciso III do artigo 102 da Constituição, que exige, necessariamente, decisão que haja desrespeitado dispositivo constitucional, por negar-lhe vigência, por tê-lo interpretado erroneamente ao aplicá-lo ou ao deixar de aplicá-lo.*

4. Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões sobre medidas liminares, notadamente em casos em que o seu deferimento ou indeferimento importa ofensa direta às normas legais que disciplinam tais medidas. É o que ocorre, por exemplo, quando há antecipação de tutela nos casos em que a lei a proíbe ou quando, para o seu deferimento, não tiverem sido observados os procedimentos exigidos pelas normas processuais. Nesses casos, a decisão tem eficácia preclusiva - sendo, portanto, definitiva - quanto àquelas questões federais. Todavia, a exemplo do que ocorre com o recurso extraordinário, o âmbito da

revisibilidade dessas decisões, por recurso especial, não pode ser extensivo aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há, na decisão liminar, juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado; e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da Súmula n. 7-STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa. A invocação, por analogia, da Súmula n. 735-STF é, no particular, inteiramente pertinente.

O acórdão ficou assim ementado:

Processual Civil. Decisão a respeito de antecipação da tutela. Limites da sua revisibilidade por recurso especial. Inviabilidade de reexame dos pressupostos da relevância do direito e do risco de dano.

1. Os recursos para a instância extraordinária somente são cabíveis em face de “causas decididas em única ou última instância” (CF, art. 102, III e art. 105, III). Não é função constitucional do STF e nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias, ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo.

2. As medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC). Por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório, a respeito do direito afirmado na demanda, são medidas, nesse aspecto, sujeitas a modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), devendo ser confirmadas ou revogadas pela sentença final. Em razão da natureza precária da decisão, o STF sumulou entendimento segundo o qual “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar” (Súmula n. 735 do STF). Conforme assentado naquela Corte, a instância extraordinária, tratando-se de decisão interlocutória, está subordinada “à eficácia preclusiva da interlocutória relativamente à questão federal, constitucional ou ordinária, da qual se cogite. Ao contrário, se a puder rever a instância a quo no processo em que proferida - seja ele de que natureza for - dela já não caberá recurso extraordinário, nem recurso especial, não porque seja interlocutória, mas por não ser definitiva. É o que se dá na espécie, na qual - não obstante o tom peremptório com que o enuncia a decisão recorrida - a afirmação sobre a plausibilidade da pretensão de mérito será sempre um juízo de delibação essencialmente provisório e, por isso, revogável, quer no processo definitivo a ser instaurado, quer mesmo no processo cautelar” (RE n. 263.038-PE, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.4.2000).

3. Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares. Todavia, a exemplo do recurso extraordinário, o âmbito da revisibilidade dessas decisões, por recurso especial, não se estende aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado; e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da Súmula n. 7-STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa.

4. Também não pode ser conhecido o recurso especial quanto à alegação de ofensa a dispositivos de lei relacionados com a matéria de mérito da causa, que, em liminar, é tratada apenas sob juízo precário de mera verossimilhança. Quanto a tal matéria, somente haverá “causa decidida em única ou última instância” com o julgamento definitivo.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, improvido (DJ de 8.5.2006).

3. Esse entendimento vem sendo reiterado na 1ª Turma (*v.g.*, de minha relatoria: REsp n. 1.029.735-DF, DJe de 17.11.2008; REsp n. 913.072-RJ, DJ de 21.6.2007; REsp n. 665.273-RS, DJ de 4.6.2007; REsp n. 908.844-SP, DJ de 23.4.2007; REsp n. 871.858-RJ, DJ de 23.11.2006) e em outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, como se pode constatar, *v.g.*, dos seguintes precedentes:

Processo Civil. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Súmula n. 7-STJ. Recurso especial contra decisão que defere liminar. Não cabimento. Súmula n. 735-STF.

(...)

2. Tese de mérito do especial que demanda o reexame do contexto fático e probatório dos autos para a verificação dos pressupostos ensejadores da concessão da liminar, providência inviável nesta instância em face da Súmula n. 7-STJ, conforme a jurisprudência pacífica desta Corte.

3. Esta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula n. 735 do STF (*Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*), entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. Apenas violação direta ao dispositivo legal

que disciplina o deferimento da medida autorizaria o cabimento do recurso especial, no qual não é possível decidir a respeito da interpretação dos preceitos legais que dizem respeito ao mérito da causa. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.284.086-MS, 4ª T., Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 10.11.2010)

Processual Civil. Medida cautelar. Retenção do recurso especial no Tribunal de origem. Inexistência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Extinção da ação.

1. A análise do preenchimento dos pressupostos da tutela antecipatória nos termos do artigo 273 do CPC encontra, em regra, óbice na Súmula n. 7-STJ. Precedentes do STJ.

2. Inexistência de juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito postulado no recurso especial. Incidência, por analogia, da Súmula n. 735-STF: “*Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*”. Precedentes do STJ.

3. Não configurados os pressupostos processuais da ação cautelar – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* –, deve ser extinta a medida cautelar, sem resolução de mérito, por carecer o autor de interesse processual.

Medida cautelar extinta.

(MC n. 14.672-RJ, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe 16.9.2009)

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Interposição contra acórdão que, em sede de agravo regimental, cassou liminar anteriormente concedida nos autos de medida cautelar. Inexistência de “causa decidida em única ou última instância”.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, “as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”, ou “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, da CF/1988).

2. Hipótese em que o recurso especial foi interposto contra acórdão que, em sede de agravo regimental, cassou liminar anteriormente concedida em medida cautelar, pela qual se buscava atribuir efeito suspensivo a recurso de apelação.

3. O mérito da medida cautelar, ao tempo da interposição do apelo extremo, encontrava-se pendente de apreciação pela Corte de origem, descabendo falar, na espécie, em “causa decidida em única ou última instância”.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 928.566-SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 26.5.2008)

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Interposição contra acórdão que confirmou decisão singular que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, formulado na petição de apelação. Necessidade de cognição acerca da existência de lesividade. Reexame de prova.

1. “Relativamente ao recurso especial, não se pode afastar, de modo absoluto, a sua aptidão como meio de controle da legitimidade das decisões que deferem ou indeferem medidas liminares. Todavia, a exemplo do recurso extraordinário, o âmbito da revisibilidade dessas decisões, por recurso especial, não se estende aos pressupostos específicos da relevância do direito (*fumus boni iuris*) e do risco de dano (*periculum in mora*). Relativamente ao primeiro, porque não há juízo definitivo e conclusivo das instâncias ordinárias sobre a questão federal que dá suporte ao direito afirmado; e relativamente ao segundo, porque há, ademais, a circunstância impeditiva decorrente da Súmula n. 7-STJ, uma vez que a existência ou não de risco de dano é matéria em geral relacionada com os fatos e as provas da causa” (REsp n. 696.858-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1º.8.2006).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 765.730-SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ de 23.11.2006)

Processo Civil. Recurso especial. Antecipação de tutela. CPR. Alegação de nulidade. Circulação do título considerada irrelevante pelo acórdão recorrido. Impossibilidade de discussão dos requisitos da tutela antecipada em sede de especial. Súmula n. 7-STJ.

(...)

2. *Nas hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, as ponderações acerca dos requisitos de sua concessão ordinariamente estão relacionadas ao contexto fático-probatório do processo, não comportando revisão em sede de recurso especial, salvo situações excepcionais. Aplicação da Súmula n. 7-STJ e, por extensão, da Súmula n. 735-STF.*

(...)

4. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.147.150-MT, 3ª T., Relatora p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe de 10.10.2011)

4. Aos precedentes do Supremo Tribunal Federal antes citados, cumpre registrar igualmente os seguintes, de data recente:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. Mandado de segurança. Pedido de liminar indeferido. Impossibilidade de análise em recurso extraordinário. Não é cabível recurso extraordinário contra decisão que indefere

ou indefere medida liminar ou antecipação de tutela Súmula n. 735-STF. 1. A Súmula n. 735 do STF dispõe que: “*não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*”. Precedentes: RE n. 263.038, 1ª Turma, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.4.2000, AI n. 439.613AgR, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24.6.2003. 2. É que as medidas liminares de natureza eminentemente satisfativas são conferidas à base de cognição sumária e de juízo de mera verossimilhança (art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, primeira parte, art. 798 e art. 804 do CPC), por isso que não representam pronunciamento definitivo e se sujeitam à modificação a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º, art. 461, § 3º, parte final, e art. 807), reclamando confirmação ou revogação na decisão final. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 832.877-PR, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 27.9.2011)

Direito Administrativo. Concurso público. Ausência de prequestionamento. Impossibilidade, na hipótese, de prequestionamento implícito. Antecipação de tutela. Súmula STF n. 735. Violação aos arts. 5º, LIV, LV, LXIX e 93, IX, da CF/1988. *Ofensa reflexa.* (...) 2. *Não cabe o apelo extremo contra decisão que concede ou indefere provimentos liminares. Incidência da Súmula STF n. 735.* 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que, em regra, as alegações de ofensa a incisos do artigo 5º da Constituição Federal podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 765.066-RJ, 2ª T., Min. Ellen Gracie, DJe de 17.8.2011)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil. Liminar ou tutela antecipada. Ato decisório não definitivo. Inviabilidade do recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 735 do STF. Agravo regimental improvido. *I - As decisões que concedem ou denegam antecipação de tutela, medidas cautelares ou provimentos liminares não perfazem juízo definitivo de constitucionalidade que enseje o cabimento do recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 735 do STF. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.*

(AgRg no Ag n. 741.770-MA, 1ª T., Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15.8.2011)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual Civil. Liminar ou tutela antecipada: ato decisório não definitivo. Inviabilidade do recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 735 do Supremo Tribunal Federal. Aplicação de multa por descumprimento de decisão judicial. Astreintes. Controvérsia infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 802.533-RJ, 1ª T., Min. Cármen Lúcia, DJe de 24.11.2010)

5. No caso concreto, tem-se recurso especial dirigido contra acórdão que, entendendo ausentes os requisitos do art. 273 do CPC, suspendeu a decisão que antecipara os efeitos da tutela quanto à execução da obrigação de não fazer imposta pelo Cade ao Shopping Iguatemi de São Paulo (abster-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais), ficando mantida no que importa à execução da multa, uma vez que suficientemente garantido o Juízo. O recurso especial veio fundado na alegação de ofensa a dispositivos que envolvem o próprio mérito da questão controvertida. Mesmo a alegação de ausência de *fumus boni iuris* (relevância do direito), com ofensa a normas do CPC sobre antecipação de tutela (art. 273, especialmente) representa, nesse contexto, um modo indireto de provocar o exame daquela questão de fundo, que, conforme reafirmado, ainda não recebeu julgamento definitivo nas instâncias ordinárias.

6. Pelas razões expostas, proponho, em preliminar, que o recurso não seja conhecido. É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.217.346-RJ (2010/0193071-8)**

---

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Ademar de Borba e outro

Advogado: Aldir Guimarães Passarinho e outro(s)

Recorrido: União

---

#### **EMENTA**

Administrativo. Recurso especial. Concurso público. Curso de formação. Alteração do conteúdo do programa. Inclusão de disciplina não ofertada às turmas anteriores. Ilegalidade. Ocorrência. Recurso conhecido e provido.

1. Os recorrentes, remanescentes do concurso público para provimento de vagas no cargo de Auditor da Receita Federal regulado pelo Edital n. 18/01, se insurgem contra inclusão no Programa de

Formação (segunda etapa do certame) de disciplina, com caráter eliminatório, que não constava do programa que regulou o curso realizado pelas turmas anteriores.

2. “Surge extravagante implementar-se, para candidatos remanescentes em razão de haverem buscado o Judiciário, exigências extras, não constantes do edital” (RE n. 596.482-RJ, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Primeira Turma, DJe 7.6.2011).

3. Recurso especial conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJe 2.2.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto por *Ademar de Borba e Outro*, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim ementado (fl. 426e):

Constitucional e Administrativo. Concurso público para Auditor Fiscal do Tesouro Nacional (AFTN). Exigência de determinada matéria (lógica e argumentação no processo de raciocínio), de cunho eliminatório, no curso de formação profissional. Alegação de malferimento aos princípios da legalidade e da isonomia. Matéria ministrada à generalidade de candidatos convocados para frequência aos cursos de formação profissional realizados por força da Portaria n. 268, de 26.11.1996, do Ministro de Estado da Fazenda.

- A questão de fundo recai sobre a validade ou não de exigência de determinada matéria (Lógica e Argumentação no Processo de Raciocínio - *Lógica*) no Curso de Formação Profissional de AFTN regulado pelo Edital ESAF n. 18, de 16.10.1991, e realizado pelos autores, ora apelantes, matéria a qual se alegou não ter sido exigida aos candidatos aprovados no mesmo certame e que participaram de Cursos de Formação Profissional anteriores àqueles realizados pelos autores.

- Ao momento de inscrição para a frequência do referido Curso de Formação, todos os candidatos aprovados nas fases anteriores do certame regulado pelo Edital ESAF n. 18, de 16.10.1991, e então convocados por força da Portaria MF n. 268, de 26.11.1996 (esta editada em cumprimento a decisões judiciais proferidas no âmbito do E. STJ em referência ao aludido concurso público), tiveram ciência de todo o conteúdo programático e das regras e regulamentos do referido Curso, concordando, assim, com todas as condições previamente estipuladas.

- Distante de ter malferido os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, o regulamento do Curso de Formação Profissional freqüentado pelos autores, ora embargados, além de ter sido prévia e regularmente levado ao conhecimento de todos os candidatos participantes, atentou, ainda, para o teor do art. 17, do Decreto n. 92.360, de 4.2.1986, que estabelece o permanente aprimoramento do programa de formação profissional para ingresso nos cargos integrantes da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, dispositivo legal o qual restou integrado no âmbito administrativo pela Portaria ESAF n. 3, de 28.1.1997, que aprovou o regulamento dos Cursos de Formação Profissional realizados por força da Portaria MF n. 268, de 26.11.1996.

- Parece evidente, portanto, nesse último aspecto, que não se havia de exigir da ESAF conduta diversa da que por ela adotada na estipulação da estrutura e do conteúdo programático dos Cursos de Formação Profissional realizados por força da Portaria MF n. 268, de 26.11.1996, vez que não seria razoável e exigível que a ESAF meramente repetisse, nos Cursos de Formação Profissional realizados a partir de 1997, a estrutura e o conteúdo programático dos Cursos realizados 5 (cinco) anos antes (em 1992), isso nada obstante originariamente regulados os referidos Cursos pelo mesmo instrumento editalício de base (Edital ESAF n. 18, de 16.8.1991). Precedente análogo colhido da jurisprudência do E. TRF da 1ª Região (AMS n. 1998.01.00.061934-1-DF, DJU de 29.5.2003).

- Sentença mantida.

No acórdão objeto do recurso especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgou improcedente o pedido em ação na qual os recorrentes postulam seja excluída a disciplina “Lógica e Argumentação no Processo de Raciocínio”, na qual foram reprovados, da apuração do resultado final do curso de formação para ingresso na carreira de Auditor da Receita Federal.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados por acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 444e):

Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Embargos declaratórios. Inexistentes vícios.

- As condições do concurso e de sua realização - nos termos do Artigo 12, § 1º, da Lei n. 8.112/1990 - foram satisfeitas com a publicação do Edital n. 18/1991.

- O regulamento da segunda etapa do concurso, previsto no Edital n. 64/96, obedeceu as disposições do Decreto n. 92.360/1986, segundo o qual compete à ESAF planejar, organizar, executar e homologar os concursos, baixando as respectivas instruções e o seu regulamento, bem assim buscar permanente aprimoramento do programa de formação.

- Como visto, não se encontra em quaisquer dos diplomas referidos, componentes da cadeia legal que embasaram o certame, exigência no rumo de que os programas de formação de AFTN devam ser idênticos para todos os grupos convocados a participar da segunda etapa daquele seletivo.

- Embargos declaratórios desprovidos.

Os recorrentes sustentam, nas razões de seu recurso especial, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 12, § 1º, da Lei n. 8.112/1990, ao fundamento de que a disciplina que motivou a reprovação deles no curso de formação não fora oferecida para as turmas anteriores de candidatos aprovados no mesmo concurso, regulado pelo Edital 18/91, o que violaria o princípio da isonomia.

A *União* apresentou contrarrazões (fls. 496-501e).

O recurso foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 503-506e).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgou improcedente o pedido em ação em que os recorrentes postulam seja excluída a disciplina “Lógica e Argumentação no Processo de Raciocínio”, na qual foram reprovados, da apuração do resultado final do curso de formação para ingresso na carreira de Auditor da Receita Federal.

De acordo com os autos, os recorrentes participaram do concurso público para provimento de cargos de Auditor da Receita Federal regulado pelo Edital n. 18/91, sendo aprovados na primeira fase. Por divergências acerca da interpretação da forma de provimento de novas vagas que teriam surgido, não foram imediatamente convocados para a segunda fase (Programa de Formação).

Com isso, os candidatos preteridos (cerca de 1.200, fls. 104-106e) impetraram diversos mandados de segurança, tendo este Superior Tribunal concedido a ordem determinando a convocação dos candidatos aprovados na primeira fase para participarem do referido Programa de Formação.

Assim, em 6.12.1996, foi publicado o Edital 64, convocando os candidatos favorecidos pelas citadas decisões judiciais para a segunda fase do concurso público (fl. 76e), sendo o programa do curso de formação aprovado pela Portaria 3, de 28.1.1997 (fl. 80e).

Atendendo à convocação, os recorrentes participaram do curso de formação, sendo reprovados na disciplina “Lógica e Argumentação no Processo de Raciocínio” e, conseqüentemente, eliminados do certame (Edital n. 32, de 12.8.1997, fl. 94e).

Os recorrentes aduzem que a referida disciplina não constava dos programas dos cursos de formação anteriores (turmas de 1992 e 1993 de candidatos aprovados no mesmo concurso), pelo que sua inclusão no curso de formação do qual participaram, com caráter eliminatório, violou o princípio da isonomia e o disposto no art. 12, § 1º, da Lei n. 8.112/1990, que assim dispõe:

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois ) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

A pretensão dos recorrentes merece prosperar. Com efeito, em se tratando de candidatos oriundos do mesmo concurso público, devem ser submetidos aos mesmos requisitos de avaliação e aprovação, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. Apreciando caso idêntico ao dos autos, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Concurso público. Parâmetros. Acesso ao Judiciário. Reconhecimento de direito. Exigências suplementares. Erronia.

Surge extravagante implementar-se, para candidatos remanescentes em razão de haverem buscado o Judiciário, exigências extras, não constantes do edital. (RE n. 596.482-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 7.6.2011)

Por se tratar da mesma questão discutida nos autos, cumpre transcrever trecho do voto condutor:

Em síntese, os ora recorrentes acabaram prejudicados por terem a sequência no concurso obstaculizada, muito embora hajam logrado sucesso, na via judicial, para nele continuarem. Observado o Edital Esaf n. 18, de 16 de agosto de 1991, relativo ao grande todo que se mostrou o certame realizado, aqueles que não tiveram percalços fizeram o curso de formação profissional sem se defrontarem com a nova disciplina, ou seja, a denominada “lógica e argumentação no processo de raciocínio”, que, inclusive, é de um subjetivismo insuplantável. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região acabou por menosprezar a máxima de Ruy Barbosa:

(...)

O exercício desse direito inerente à cidadania que é o de ingressar em juízo para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito não pode atrair, principalmente considerada a unidade do concurso, prejuízo para alguns dos candidatos. Daí a manifestação da Procuradoria Geral da República, na pena abalizada do Subprocurador-Geral Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Cabe atentar para o fecho da peça:

Se a justificativa administrativa para a exigência da disciplina está na necessidade de permanente aprimoramento no Programa de Formação dos AFTN estabelecida no Decreto n. 92.360/1986, não haveria qualquer óbice, desde que não revestida de cunho eliminatório. Poderia, aliás, ministrá-la, *a posteriori*, para todos os aprovados na primeira etapa do certame, inclusive aos participantes do curso de formação anterior.

*Não há corolário lógico na distinção dos critérios de seleção que dê respaldo à discriminação perpetrada em relação aos candidatos participantes do curso de formação profissional por forma de decisão judicial. Assim, impõe-se reconhecer a inexigência de aproveitamento mínimo na disciplina “Lógica”, nos termos previstos 18, I, do regulamento a que se sujeitaram os recorrentes (fls. 35-45), como forma de assegurar a isonomia entre os candidatos. (grifo nosso)*

Assim, deve ser afastado o caráter eliminatório da disciplina “Lógica e Argumentação no Processo de Raciocínio” e, conseqüentemente, reconhecido o direito dos recorrentes à nomeação no cargo pleiteado.

No tocante aos efeitos temporais do direito aqui reconhecido, cumpre salientar que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 21.9.2011,

no julgamento dos EREsp n. 1.117.974-RS, Rel. p/ o acórdão Min. *Teori Albino Zavascki*, revendo posicionamento anterior, firmou a compreensão no sentido de que, nos casos em que o candidato é nomeado por força de decisão judicial, não é devido o pagamento de indenização pelo tempo em que se aguardou a solução definitiva do processo. Tal entendimento segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assim vem decidindo:

Agravo regimental. Concurso público. Nomeação. Provimento judicial. Indenização. Impossibilidade.

Nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RE n. 593.373-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 18.4.2011)

Nesse mesmo sentido são os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Cargo de Auditor-fiscal do Tesouro Nacional. Edital n. 18/91. Lei n. 8.541/1992. Preterição. Ocorrência. Reconhecimento judicial. Direito aos vencimentos atrasados. Inexistência. Contraprestação. Imprescindibilidade.

(...)

3. Os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação esta, inclusive, reconhecida judicialmente, não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp n. 508.477-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 6.8.2007)

Direito Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Concurso público. Preterição na ordem classificatória. Indenização. Não-cabimento. Agravo improvido.

1. O ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou a recebimento de vencimentos retroativos. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.022.823-RS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 13.10.2009)

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento* para, reformando o acórdão recorrido, julgar procedente o pedido para (a) excluir do resultado do “Programa de Formação” as notas referentes à matéria “Lógica e Argumentação no Processo de Raciocínio” e (b) reconhecer o direito dos recorrentes à nomeação no cargo postulado, com os efeitos legais daí oriundos, observadas as prescrições legais.

Condeno a *União* ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Tendo em vista o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e levando em consideração a data em que foi ajuizada a demanda, a complexidade da causa e a necessidade de interposição de diversos recursos para a obtenção de êxito, fixo os honorários advocatícios em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.236.622-MG (2011/0021606-9)**

---

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Amélia Josefina Alves Nogueira da Fonseca e outro(s)

Recorrido: Turin Ltda

Advogado: Cantinila Bezerra de Carvalho e outro(s)

---

**EMENTA**

Tributário. Recurso especial. ICMS. Regime Especial de Controle e Fiscalização. Imposição em face de reiteradas infrações tributárias. Possibilidade. Legitimidade das obrigações impostas pelo fisco. Juízo de razoabilidade. Necessidade.

1. Recurso especial pelo qual se discute a legitimidade do Regime Especial de Controle e Fiscalização, previsto na legislação do Estado de Minas Gerais (art. 52 da Lei n. 6.763/1975), que foi imposto à contribuinte por meio de ato do Delegado Fiscal de Betim.

2. O STJ já decidiu pela ilegitimidade do regime especial mineiro, ao fundamento de que ele representa coação ilegítima para o pagamento de tributos. Precedentes: REsp n. 281.588-MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º.2.2006; AgRg no REsp n. 734.364-MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 29.8.2005; RMS n. 15.674-MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22.4.2003; AgRg no REsp n. 77.224-MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Segunda Turma, DJ 11.9.2000.

3. Mais recentemente, todavia, o STJ vem admitindo a imposição do regime especial aos contribuintes que comprovadamente sejam reincidentes na prática de infrações tributárias, como meio inerente ao poder de polícia e necessário para que a Administração Tributária possa prevenir novos prejuízos aos cofres públicos. Precedentes: AgRg nos EDcl no RMS n. 17.983-GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 29.10.2009; REsp n. 1.032.515-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.4.2009; AgRg no RMS n. 23.578-SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 9.4.2008.

4. Tem-se, portanto, que é possível a imposição de regime especial de controle e fiscalização a contribuintes que tenham reiteradamente descumprido com suas obrigações tributárias, desde que tal regime não configure obstáculo desarrazoado à atividade empresarial a ponto de coagir o contribuinte ao pagamento de seus débitos tributários, haja vista que, para esse mister, o fisco já possui meios próprios.

5. Entretanto, não é possível, desde logo, proceder ao juízo de mérito do presente mandado de segurança, na medida em que a validade do regime especial imposto à empresa contribuinte exige prévio juízo de valor sobre a razoabilidade de cada uma das medidas determinadas pelo ato impugnado, tarefa essa que, no caso em apreço, ainda não foi exercida pela Corte *a quo*.

6. Das imposições contidas no apontado ato coator, a empresa impetrante, segundo a exordial, insurge-se especificamente contra a limitação de que a emissão de notas fiscais seja feita na repartição fiscal e com a expressão “contribuinte sujeito a regime especial de controle e fiscalização”. Assim, cabe ao Tribunal de origem decidir se, *in concreto*, cada umas das aludidas restrições constituem obstáculos

desarrazoados que inviabilizam o prosseguimento das atividades da empresa fiscalizada ou se, apenas, são necessárias à prevenção de novas infrações tributárias.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 13 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

---

DJe 16.3.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça mineiro, assim ementado (fl. 611):

Mandado de segurança. ICMS. Práticas ilegais do contribuinte. Imposição do Regime Especial de Controle e Fiscalização. Ilegalidade. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a imposição, ao contribuinte faltoso e descumpridor das obrigações tributárias, do regime especial de controle e fiscalização, que lhe impõem condições mais gravosas de recolhimento da exação ou de cumprimento de obrigações acessórias.

Rejeitados os aclaratórios (fls. 586).

Nas suas razões (fls. 631-649), o estado recorrente, além de divergência jurisprudencial, aponta violação dos arts. 535 do CPC; 113, § 2º, 161 e 194 do CTN. Para tanto, alega, preliminarmente, que a Corte *a quo* foi omissa acerca de questões que reputa relevantes para o desate da causa. No mérito, assevera, em resumo, que “não visa o regime especial coagir o contribuinte a pagar suas obrigações fiscais, até mesmo porque dispõe a Fazenda Pública da execução fiscal e outras prerrogativas. O escopo do regime especial de fiscalização é, pois, a atuação preventiva da Fiscalização frente às novas infrações que possam ser cometidas por aquele contribuinte faltoso” (fl. 644). Pugna, ao final, pelo reconhecimento da legitimidade do regime especial de controle e fiscalização que foi imposto à recorrida, com a conseqüente denegação da ordem por ela vindicada.

Contrarrazões às fls. 681-691, pelas quais a contribuinte defende que: a) os artigos de lei suscitados no recurso especial não foram prequestionados; b) não houve infringência ao art. 535 do CPC; c) a análise do apelo nobre esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ; d) o dissídio jurisprudencial não foi suficientemente demonstrado; e e) o entendimento do acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do STJ.

Admitido o recurso especial pelo Tribunal de origem (fls. 706-709) e interposto agravo contra a inadmissão do recurso extraordinário (fl. 714).

O *parquet* manifestou-se no sentido de que “não há interesse do Ministério Público, como *custos legis*, em atuar no feito” (fl. 724).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Conforme relatado, discute-se neste recurso a legitimidade do Regime Especial de Controle e Fiscalização, previsto na legislação mineira (art. 52 da Lei n. 6.763/1975), que foi imposto à contribuinte por meio de ato do Delegado Fiscal de Betim (fls. 22-24).

Quanto ao tema, assim decidiu o acórdão recorrido (fls. 613-615):

Pretende a apelante a concessão da segurança para que seja declarada a nulidade do Ato Administrativo n. 001/008 (fl. 19-21), que lhe impôs o regime especial de controle e fiscalização, o que entende ser ilegal e ferir direito líquido e certo de sua titularidade.

Informam os autos que apelada aplicou à apelante a pena de imposição do citado regime especial, em razão de fatos considerados provados e que constituem crime, segundo as considerações constantes do próprio corpo do ato administrativo impugnado (fl. 19).

Contudo, deve o Fisco utilizar os meios próprios para coibir as práticas da apelante que considera ilícitas, não podendo fazê-lo por meio indireto, como a imposição do regime especial de controle e fiscalização, ainda que este conte com previsão legal. Essa tem sido a orientação dos Tribunais Superiores.

[...]

Esse mesmo entendimento foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, e especificamente em relação ao regime especial de controle e fiscalização previsto na legislação do Estado de Minas Gerais.

[...]

Não sendo, pois, possível a imposição do regime especial de controle e fiscalização, ainda que conte com previsão legal, por entendimento do próprio Excelso Pretório, tem-se que inadmissível, por ofensa ao Direito, o ato administrativo impugnado (Ato n. 001/008 de fls. 19-21), figurando as restrições por ele impostas à apelante como violadoras do seu direito líquido e certo de desenvolver a sua atividade empresarial em condições normais.

Extrai-se do excerto acima que o Tribunal de origem considerou o regime especial de controle e fiscalização imposto à contribuinte como ilegal, por entender que a Administração já possuiu meios próprios para coibir a prática de infrações tributárias.

Observa-se, portanto, que a Corte estadual empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido.

Afasto, portanto, a alegada infringência ao art. 535 do CPC.

Passo, a seguir, ao juízo de reforma.

Antes, contudo, cabe apreciar as preliminares de conhecimento suscitadas pela parte recorrida.

A matéria relativa à legitimidade do regime especial de controle e fiscalização impingido à contribuinte foi devidamente enfrentada pelo Tribunal *a quo*, restando, pois, implicitamente prequestionados os dispositivos legais invocados pela recorrente, quais sejam, os arts. 113, § 2º, 161 e 194 do CTN, na medida em eles tratam do poder de polícia conferido à Administração Tributária.

Afasto, também, o óbice da Súmula n. 7-STJ, uma vez que o recurso trata de questão eminentemente de direito.

Frise-se, por oportuno, que o recurso especial não se presta para rediscutir as premissas fáticas pelas quais o fisco justificou a imposição do regime especial. Sobre esse suporte fático, assim consignou a sentença (fl. 526):

Observe que o ato administrativo atacado foi devidamente fundamentado e que a motivação adotada pela autoridade impetrada corresponde àquela mencionada pela legislação de regência como autorizativa do regime especial de controle e fiscalização, à luz do art. 197 do Regulamento do ICMS, qual seja:

- utilização da prática criminosa de inserir valores diferentes nas vias destinadas aos adquirentes e aquelas com o fim de informar ao fisco o valor do imposto a recolher;
- utilização criminosa de créditos de ICMS originários de documentos inidôneos;
- utilização da prática criminosa de registrar os documentos fiscais de saídas em períodos posteriores aos da apuração do imposto, dentre outras.

Superado o juízo de admissibilidade, enfrente, doravante, o mérito recursal.

De fato, por diversas vezes, o Superior Tribunal de Justiça já foi provocado a se manifestar sobre a validade, no âmbito infraconstitucional, dos regimes especiais de controle e fiscalização previstos em legislações estaduais. Especificamente quanto ao regime especial mineiro, disciplinado pela Lei Estadual n. 6.763/1975, o STJ chegou a firmar o entendimento pela sua ilegitimidade, ao fundamento de que ele representa coação ilegítima para o pagamento de tributos. A esse respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

Tributário. Processo Civil. ICMS. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Regime Especial de Fiscalização e Controle. Violação do art. 97, V, do CTN. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade na via do recurso especial.

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356 do STF quando a questão infraconstitucional suscitada no recurso especial não foi debatida no acórdão recorrido, nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração.

2. O regime especial de controle e fiscalização, editado com base no art. 52 da Lei n. 6.763/1975 do Estado de Minas Gerais, constitui meio de coação ilegítimo a pagamento de tributo, afrontando, por isso, a legislação infraconstitucional, especificamente o art. 97, V, do CTN. Precedentes do STJ e do STF.

3. O recurso especial não é via hábil para o reexame de questões de natureza constitucional.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido (REsp n. 281.588-MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º.2.2006).

Tributário. ICMS. Regime Especial de Fiscalização e Controle. Ilegalidade. Violação aos princípios da livre concorrência e do livre comércio. Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal.

I - Afigura-se ilegal o Regime Especial de Fiscalização e Controle instituído pelo Estado de Minas Gerais, uma vez que o regime diferenciado impõe modo diverso de tributação a impedir o exercício da livre atividade comercial, configurando verdadeira coação ilegítima ao recolhimento de tributos, sendo certo que a Fazenda Pública dispõe de instrumentos suficientes para providenciar o seu pagamento.

II - Precedentes: ROMS n. 15.674-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.4.2003; RE n. 231.543-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 28.5.1999; RE n. 195.621-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 10.8.2001 e REsp n. 17.134-MG, de minha relatoria, DJ de 6.12.2004.

III - Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp n. 734.364-MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 29.8.2005).

Tributário. ICMS. Regime Especial de Fiscalização. Ilegalidade. Processual Civil. Postergação do julgamento para a apresentação de memórias. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. As limitações impostas à atividade comercial do contribuinte, em face da aplicação do regime especial do ICMS, violam as garantias constitucionais da liberdade de trabalho, de comércio, e da livre concorrência. Precedentes do E. STF.

2. A *ratio essendi* das Súmulas n. 70, 323 e 547 do STF indicia o repúdio da jurisprudência às formas coercitivas de cobrança do tributo mediante autotutela oblíqua pela Administração Tributária.

3. O regime especial não pode mudar a forma de cobrança do tributo, uma vez que "fiscalizar" não significa "tributar de maneira diversa", a inviabilizar a concorrência.

4. A apresentação de memoriais não é ato substancial e intrínseco à defesa, motivo pelo qual o indeferimento da retirada do processo de pauta para julgamento, para ensejar a sua apresentação, não acarreta cerceamento de defesa.

5. Recurso ordinário parcialmente provido, para conceder a segurança (RMS n. 15.674-MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22.4.2003).

Agravo regimental. Recurso especial. Tributário. Mandado de segurança. ICMS. Regime Especial de Controle e Fiscalização de Tributos. Art. 52, VIII da Lei Estadual (MG) n. 6.763/1975. Artigo 839, I do Decreto (MG) n. 32.535/1991. Ilegalidade.

Afronta ao art. 97, V do CTN.

I - O regime especial de controle e fiscalização, editado com base no artigo 52, VIII da Lei Estadual (MG) n. 6.763/1975 e artigo 839, inciso I do Decreto (MG) n. 32.535/1991, constitui meio de coação ilegítimo a pagamento de tributo, afrontando a legislação infraconstitucional (art. 97, V do CTN) e constitucional (art. 5º, inciso XIII da CF).

II - Precedentes do STJ e STF.

III - Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 77.224-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, DJ 11.9.2000).

Ressalta-se, portanto, que a ilegitimidade do regime especial mineiro, de acordo com os julgados colacionados, relaciona-se à sua utilização como indevido instrumento de cobrança de tributo.

Mais recentemente, todavia, a jurisprudência do STJ vem admitindo a imposição do regime especial aos contribuintes que comprovadamente sejam reincidentes na prática de infrações tributárias, como meio inerente ao poder de polícia e necessário para que a Administração Tributária possa prevenir novos prejuízos aos cofres públicos. É o que se retira dos seguintes julgados:

Tributário. Processo Civil. Transporte de derivados de petróleo. ICMS. Regime especial de fiscalização.

1. O regime especial de controle, fiscalização e pagamento do imposto é previsto pelo art. 70, c.c. o art. 143 do Código Tributário Estadual. O Decreto n. 4.852/1997 restringe-se a regulamentar a previsão legal.

2. A Segunda Turma reconheceu recentemente, no RMS n. 21.348-GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, a validade do regime especial de controle, fiscalização e arrecadação no caso específico do Estado de Goiás.

3. O regime especial não impede que a agravante continue a comercializar sua mercadoria no Estado de Goiás, apenas altera a sistemática de declaração e recolhimento do ICMS.

4. Agravo Regimental não provido (AgRg nos EDcl no RMS n. 17.983-GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 29.10.2009).

Tributário. ICMS. Inadimplência reiterada. Evasão fiscal. Prevenção. Regime especial de fiscalização. Validade.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a inclusão de contribuinte em regime especial de fiscalização, arrecadação e controle quando há provas de reiterado inadimplemento de obrigações tributárias. Precedentes.

2. Recurso especial não provido (REsp n. 1.032.515-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.4.2009).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Antecipação tributária, sem substituição. Regime Especial de Fiscalização Tributária do Estado de Sergipe. Lei Estadual n. 3.796/1996 e respectivo decreto regulamentador. Conformidade com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal.

I - A jurisprudência desta colenda Corte é firme no entendimento de que é legítima a cobrança antecipada de ICMS, mesmo por meio do regime normal de tributação, em conformidade com a Lei Estadual n. 3.796/1996 do Estado de Sergipe.

II - Assim sendo, cai por terra a argumentação desenvolvida pela recorrente- agravante, quanto a consubstanciar-se o regime de cobrança de ICMS a que está obrigada como meio arbitrário de sanção política.

III - Em verdade, "a inclusão do contribuinte no sistema especial de controle e fiscalização, desde que prevista em lei, não implica violação de direito líquido e certo, estando comprovadas irregularidades fiscais referentes à sonegação de tributos" (RMS n. 20.520-SE, Segunda Turma, DJ de 21.3.2006).

IV - A propósito, confirmam-se, entre inúmeros outros: RMS n. 21.118-SE, Primeira Turma, DJ de 29.6.2007; RMS n. 18.844-SE, Primeira Turma, DJ de 13.2.2006.

V - Agravo regimental improvido (AgRg no RMS n. 23.578-SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 9.4.2008).

Ponderados esses elementos, é possível concluir que, havendo legislação local a esse respeito, é possível a imposição de regime especial de controle e fiscalização a contribuintes que tenham reiteradamente descumprido com suas obrigações tributárias, desde que tal regime não configure obstáculo desarrazoado à atividade empresarial a ponto de coagir o contribuinte ao pagamento de seus débitos tributários, haja vista que, para esse mister, o fisco já possui meios próprios.

Solucionada a questão jurídica, resta, por fim, aplicar o direito à espécie, em conformidade com o art. 257 do RISTJ da Súmula n. 456-STF.

No caso em tela, o acórdão recorrido, de forma genérica, entendeu que a imposição do regime, por si só, configura ato ilegal, entendimento esse que, como visto, não mais encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior.

Entretanto, não é possível, desde logo, proceder ao juízo de mérito do presente mandado de segurança, na medida em que a validade do regime especial imposto à empresa contribuinte exige prévio juízo de valor sobre a

razoabilidade de cada uma das medidas determinadas pelo ato impugnado, tarefa essa que, no caso em apreço, ainda não foi exercida pela Corte *a quo*.

Das imposições contidas no apontado ato coator, a empresa impetrante, segundo a exordial, insurge-se especificamente contra a limitação de que a emissão de notas fiscais seja feita na repartição fiscal e com a expressão “contribuinte sujeito a regime especial de controle e fiscalização”.

Assim, cabe ao Tribunal de origem decidir se, *in concreto*, cada umas das aludidas restrições constituem obstáculos desarrazoados que inviabilizam o prosseguimento das atividades da empresa fiscalizada ou se, apenas, são necessárias à prevenção de novas infrações tributárias.

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso especial em nessa parte, dou-lhe provimento* para reconhecer a validade de imposição de regime especial de controle e fiscalização e determinar o retorno dos autos para que o Tribunal de origem analise a razoabilidade das medidas impostas, *in concreto*, à empresa contribuinte.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.294.061-PE (2011/0280430-6)**

---

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Recorrente: URO Unidade de Urologia Ltda  
Advogado: Joaquim Correia de Carvalho Junior e outro(s)  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional  
Recorrido: Os Mesmos

---

**EMENTA**

Importação de aparelho de ultra-som diagnóstico. Locação subsequente. Auto de infração que não indica o importador. Responsabilidade tributária solidária. Substituição tributária irregular.

I - O locatário do bem importado com a especial isenção do artigo 149, III, do Decreto n. 91.030/1985 (Regulamento Aduaneiro) foi responsabilizado pelo Fisco, com supedâneo no artigo 124, I, do CTN. Na hipótese estaria configurada a solidariedade de fato, porquanto estaria o recorrente enquadrado nos termos do artigo primeiro, haja vista que possui interesse comum na situação. Não obstante, ao lançar o auto de infração a Fazenda Nacional não incluiu o responsável tributário principal, atacando diretamente o locatário, que assumiu a responsabilidade em face de seu especial interesse na situação.

II - Conforme explicita o artigo 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do Tributo. Assim, devendo o tributo de importação ser pago pelo importador decorre que é dele a obrigação principal de pagar pelo tributo e, sendo dele, da mesma forma, a responsabilidade por burlar a isenção e ter contra si auto de infração sob este título. Não se desconhece a possibilidade da Fazenda Nacional indicar responsável solidário, *in casu*, solidariedade de fato, entretanto, sendo certa a legitimidade do importador para responder pelo tributo, deve ele constar no auto de infração que serve de supedâneo ao crédito tributário. Tanto é assim que o artigo 134 do CTN expressamente dispõe que, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este aqueles que intervieram ou que se omitiram.

III - Este Superior Tribunal de Justiça, em outras oportunidades, já reconheceu que a responsabilidade tributária deve ser atribuída ao contribuinte de fato, autor do desvio, e não terceiro de boa-fé, como na hipótese dos autos em que o locador não tem a possibilidade de verificar a origem fiscal do aparelho. Precedente: EDcl no AgRg no REsp n. 706.254-RO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 6.5.2008.

IV - Conforme demonstrado o contribuinte originário, na hipótese dos autos, é o importador. Assim, a interpretação de tal dispositivo deixa clara a intenção do legislador de impor ao contribuinte principal a responsabilidade pela obrigação.

V - Em verdade está a se erigir uma nova forma de substituição tributária, porquanto de solidariedade, estritamente, não se trata,

haja vista que não há devedor principal inscrito para a vinculação da solidariedade.

VI - Recurso especial da Empresa provido. Recurso especial da Fazenda Nacional Prejudicado.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial da contribuinte e julgou prejudicado o recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 15 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

---

DJe 22.3.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recursos especiais interpostos pela sociedade *URO Unidade de Urologia Ltda*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, e pela *Fazenda Nacional*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que restou assim ementado, *verbis*:

Tributário. Importação de produto industrializado. IPI e Imposto de Importação. Isenção subjetiva. Locação do bem antes de decorridos cinco anos. Responsabilidade solidária. Juros de mora. Termo inicial. Decisão administrativa.

I - Quando a isenção for vinculada à qualidade do importador, a locação do bem, antes de decorridos cinco anos da efetiva importação, obriga ao prévio pagamento do imposto, a teor do art. 137 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto n. 91.030/1985.

II - É responsável solidária a pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN.

III - Existindo a solidariedade, o Fisco tem total liberdade para escolher de quem cobrar, podendo, pois, dirigir as suas ações contra todos ou apenas um dos devedores.

IV - Uma vez que o julgamento definitivo no âmbito administrativo foi no sentido de reconhecer o não cabimento de acréscimos moratórios antes da decisão da lide, por não estar ainda definitivamente constituído o crédito tributário, não pode o julgador agravar a situação do contribuinte, para fixar como termo inicial para a incidência de juros moratórios a data do vencimento do crédito tributário.

V - Apelação parcialmente provida.

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados, com a seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos declaratórios atacando omissão em decisão anterior que não teria apreciado a questão atinente à inexistência da figura da solidariedade à falta de outro contribuinte. Julgado embargado que enfrentou a matéria, asseverando que a solidariedade (igualmente a decorrente do CTN, Art. 124, I) não obriga seja feita a cobrança contra todos os devedores (ou responsáveis), senão que permite a cobrança contra qualquer um deles indistintamente; esta a razão pela qual a autuação fiscal pode ser feita contra um dos "solidários" apenas, sem que isso configure vício de qualquer natureza, f. 350. Inocorrência de omissão, portanto, tanto que, nos novos aclaratórios a embargante se coloca contra a decisão atacada, ao textuar que tal não é possível, por contrário a texto expresso de lei, f. 360. Embargos declaratórios improvidos.

São fatos do caso em apreço: a ora recorrente foi inscrita em Dívida Ativa, sendo-lhe atribuída a responsabilidade tributária para recolhimento de Imposto de Importação e de IPI incidentes sobre importação de bem, em regime de isenção, que fora locado antes do prazo de cinco anos previsto no art. 137 do Decreto n. 91.030/1985, ante o uso irregular dos bens por entidade não beneficiada pelo regime. A fiscalização tributária autuou apenas a ora recorrente, responsável-locatária, para que recolhesse os valores devidos a título de IPI e II.

Sustenta a contribuinte que o juízo *a quo* ofendeu os arts. 535, I e II, do CPC; 124, 142 e 202, I, do CTN; e 896, parágrafo único, do Código Civil. Preliminarmente, pugna pela cassação do acórdão proferido no julgamento dos embargos declaratórios, pois o juízo embargado permaneceu omissos quanto aos argumentos levantados. No mérito, aponta que não existe solidariedade onde não há devedor principal da dívida. Afirma que a CDA é nula, pois não consta como devedor principal o locador do bem importado.

Sustenta a Fazenda Nacional que o juízo *a quo* violou o art. 161 do CTN. Aduz, em síntese, que os juros moratórios devem ser contados a partir do vencimento do crédito tributário.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator):

### RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Quanto à omissão apontada, não a vislumbro, porquanto o Tribunal *a quo*, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelo vencido, adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

Quanto ao mérito, o locatário do bem importado com a especial isenção do artigo 149, III, do Decreto n. 91.030/1985 foi responsabilizado pela Fisco, com supedâneo no artigo 124, I, do CTN.

Na hipótese está configurada a solidariedade de fato, porquanto está o recorrente enquadrado nos termos do artigo primeiro, haja vista que possui interesse comum na situação.

Não obstante, ao lançar o auto de infração a Fazenda Nacional não incluiu o responsável tributário principal, atacando diretamente o locatário, que assumiu a responsabilidade em face de seu especial interesse na situação.

Todavia, conforme explicita o artigo 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do Tributo. Assim, devendo o tributo de importação ser pago pelo importador, decorre que é dele a obrigação principal de pagar pelo tributo e, sendo dele, da mesma forma, a responsabilidade por burlar a isenção e ter contra si auto de infração sob este título.

Não se desconhece a possibilidade da Fazenda Nacional indicar responsável solidário, *in casu*, solidariedade de fato, entretanto, sendo certa a legitimidade do importador para responder pelo tributo, deve ele constar no auto de infração que serve de supedâneo ao crédito tributário.

Tanto é assim que o artigo 134 do CTN expressamente dispõe que, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal

pelo contribuinte, respondem solidariamente com este aqueles que intervieram ou que se omitiram.

Conforme demonstrado o contribuinte originário, na hipótese dos autos, é o importador.

Assim, a interpretação de tal dispositivo deixa clara a intenção do legislador impor ao contribuinte de direito a responsabilidade pela obrigação.

Este Superior Tribunal de Justiça, em outras oportunidades, já reconheceu que a responsabilidade tributária deve ser atribuída ao contribuinte de fato, autor do desvio, e não terceiro de boa-fé, como na hipótese dos autos em que o locador não tem a possibilidade de verificar a origem fiscal do aparelho.

Nesse diapasão, destaco o EDcl no AgRg no REsp n. 706.254-RO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 6.5.2008, *verbis*:

Processual Civil e Tributário. Embargos de declaração. Efeitos modificativos. Constatação de equívoco quanto à tese defendida no recurso especial e quanto ao prequestionamento dos dispositivos tidos como violados. Imunidade tributária (art. 155, § 2º, X, **b** da CF/1988). Destinação da mercadoria. Desvio. Responsabilidade do comprador pelo pagamento do tributo.

1. Acolhem-se os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para se conhecer do recurso especial, uma vez constatado o equívoco quanto à tese defendida pelo recorrente e quanto ao prequestionamento desta tese.

2. Posiciona-se esta Corte no sentido de reconhecer que, tratando-se de imunidade tributária condicionada à destinação da mercadoria, se dada destinação diversa responderá pelo tributo o responsável por esta destinação (o comprador) e não o vendedor de boa-fé.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para se conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

Na hipótese dos autos, está a se erigir uma nova forma de substituição tributária, porquanto de solidariedade, estritamente, não se trata, haja vista que não há devedor principal inscrito para a vinculação da solidariedade.

Nesse contexto, deve ser anulado o débito fiscal.

Tais as razões expendidas, dou provimento ao recurso especial da empresa recorrente e julgo prejudicado o recurso especial da Fazenda Nacional.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.300.213-RS (2011/0306347-0)**

---

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Rio Grande Energia S/A

Advogado: Márcio Louzada Carpena e outro(s)

Recorrido: Divanildo Pellicoli

Advogado: Luiza Stumm

---

**EMENTA**

Processual Civil. Executividade de sentença. Improcedência de ação declaratória negativa. Reconhecimento, em favor do demandado, da existência de obrigação de pagar. Incidência do art. 475-N, I, do CPC. Matéria decidida pela 1ª Seção, sob o regime do art. 543-C do CPC. Especial eficácia vinculativa (CPC, Art. 543-C, § 7º).

1. Nos termos do art. 475-N, I do CPC, é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Antes mesmo do advento desse preceito normativo, a uníssona jurisprudência do STJ, inclusive em julgamento de recurso representativo de controvérsia (REsp n. 1.114.404, 1ª Seção, Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 1º.3.2010), já atestara a eficácia executiva da sentença que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submeter tal sentença, antes da sua execução, a um segundo juízo de certificação, cujo resultado seria necessariamente o mesmo, sob pena de ofensa à coisa julgada.

2. Nessa linha de entendimento, o art. 475-N, I do CPC se aplica também à sentença que, julgando improcedente (parcial ou totalmente) o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional, reconhece a existência de obrigação do demandante para com o demandado. Essa sentença, como toda a sentença de mérito, tem eficácia de lei entre as partes (CPC, art. 468) e, transitada em julgado, torna-se imutável e indiscutível (CPC, art. 467), ficando a matéria decidida acobertada por preclusão, nesse ou em qualquer outro processo (CPC, art. 471), salvo em ação rescisória, se for o caso.

Precedente da 1ª Seção, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC: REsp n. 1.261.888-RS, Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.11.2011.

3. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 12 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJe 18.4.2012

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Em ação promovida por Divanildo Pellicoli contra a Rio Grande Energia S/A, visando ao reconhecimento da inexistência da obrigação de pagar o preço por fornecimento de energia elétrica, o pedido foi acolhido apenas em parte, ficando reconhecida a obrigação de pagar o valor exigido pela empresa fornecedora, excetuada a parcela referente ao custo administrativo. Requerido, pela demandada, o cumprimento do julgado pela quantia certa reconhecida pela sentença, o pedido foi indeferido sob o fundamento de inexistência de título executivo, decisão que foi mantida pelo Tribunal, por acórdão assim ementado:

Energia elétrica. Cumprimento de sentença de procedência em parte.

A sentença que julga procedente, em parte, o pedido de desconstituição de débito não se constitui em título executivo hábil a fundar pedido de cumprimento pelo réu de pagamento pelo autor da dívida reconhecida.

Hipótese em que a ré não ajuizou reconvenção.

Recurso desprovido (fl. 81).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 102-105).

Nas razões do recurso especial (fls. 111-127), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art. 535, II, do CPC, pois, não obstante a oposição de embargos de declaração, não foram sanados os vícios apontados; (b) arts. 475-I e 475-N, I, ambos do CPC, ao argumento de que a sentença reconheceu expressamente a existência da dívida e, como tal, é título executivo, independentemente de reconvenção ou de nova ação.

Sem contra-razões (fl. 156).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não há nulidade por omissão no acórdão que decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. Foi o que ocorreu no caso: o Tribunal de origem julgou, com fundamentação suficiente, a matéria devolvida à sua apreciação.

2. Segundo dispõe o art. 475-N, I do CPC, é título executivos judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. A questão que ora se põe é a de saber se tal dispositivo se aplica às sentenças que, julgando improcedente (parcial ou totalmente) pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional, reconhecem a existência da obrigação do demandante para com o demandado. A resposta é, sem dúvida, positiva. Com efeito, veja-se.

3. Conforme reconhecem fontes doutrinárias de alta qualificação (v.g.: CARNEIRO, Athos Gusmão. Cumprimento da sentença civil, RJ: Forense, 2007, p. 86; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume II, 47ª ed., RJ: Forense, 2012, p. 74; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA: Rafael. Curso de Direito Processual Civil - Execução, vol. 5, 2ª ed., Salvador: Ed. Podium, p. 159; CALMON, Petrônio. Sentença e títulos executivos judiciais, apud: A nova execução de títulos judiciais, obra coletiva, coordenadores Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, SP: Saraiva, 2006, p. 100; KNIJNIK, Danilo. A nova execução, obra coletiva, coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, RJ;Forense, 2006, p. 169), a norma do art. 475-N, I do CPC, introduzido pela Lei n. 11.232/2005, visou a deixar assentado de modo expresse o que já existia

e fora percebido pela jurisprudência do STJ (a partir de precedentes da sua 1ª Turma): há sentenças proferidas no processo civil que, embora não possam ser qualificadas como condenatórias em sentido estrito, certificam integralmente a existência da obrigação, exaurindo, portanto, a atividade cognitiva, cuja repetição seria, conseqüentemente, desnecessária por absoluta inutilidade, porque o seu resultado não poderia ser outro que não o já proclamado. Tais sentenças são, portanto, dotadas de imediata eficácia executiva. Nesse sentido foram os precedentes da 1ª Turma, no ano de 2004, (v.g: REsp n. 588.202, 1ª Turma, DJ de 25.2.2004 e REsp n. 614.577, 1ª Turma, DJ de 3.5.2004, ambos de minha relatoria), que foram depois adotados pela 2ª Turma (v.g.: REsp n. 602.469, Min. Castro Meira, DJ de 31.8.2007) e pela 1ª Seção (v.g.: EREsp n. 502.618, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 1º.7.2005 e EREsp n. 609.266, de minha relatoria, DJ de 11.9.2006), inclusive em regime de recurso representativo de controvérsia (REsp n. 1.114.404, 1ª Seção, Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 1º.3.2010), tendo servido de fundamento para a edição da Súmula n. 461-STJ (“O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”).

A natural força executiva de sentenças dessa natureza foi assim sustentada, em caso de minha relatoria:

Conforme assinalado anteriormente, ao legislador ordinário não é dado negar executividade a norma jurídica concreta, certificada por sentença, se nela estiverem presentes todos os elementos identificadores da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade), pois isso representaria atentado ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação. Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem as medidas complementares necessárias para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não *um já prefixado* representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. Portanto, repetimos: não há como negar executividade à sentença que contenha definição completa de norma jurídica individualizada, com as características acima assinaladas. Talvez tenha sido esta a razão pela qual o legislador de 1973, que incluiu o parágrafo único do

artigo 4º do CPC, não tenha reproduzido no novo Código a norma do art. 290 do CPC de 1939.

Interpretação sistemática do Código, especialmente depois das reformas que lhe foram impostas a partir de 1994, permite que se vá mais longe. Imagine-se sentença que, em ação declaratória, defina, com força de coisa julgada, que a entrega de certa quantia de Pedro para Paulo foi a título de mútuo, e não de doação, e que o prazo para devolvê-la deve ocorrer (ou já ocorreu) em determinada data; ou que a ocupação do imóvel de Joana por Maria não é a título de comodato, mas de locação, e que o valor mensal do aluguel é de R\$ 300,00, pagáveis no dia 30 de cada mês. Há, em tal sentença, como se percebe, definição de norma jurídica individualizada, contendo obrigação de pagar quantia certa. Se a definição dessa mesma norma estivesse representada em documento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas, ela constituiria título executivo, nos termos do inciso II, do art. 585 do CPC. Igualmente, se a definição decorresse de documento firmado perante tabelião. Também teria força executiva se tivesse sido definida por autocomposição (transação) referendada pelo Ministério Público, ou pela Defensoria Pública ou, ainda, pelos advogados dos transatores. Ora, nos exemplos dados, a norma individualizada e a relação jurídica correspondente têm grau de certeza muito mais elevado: elas foram definidas em processo de que participaram não apenas as partes, mas também os seus advogados, e, sobretudo, o próprio Estado-juiz, dando ao ato certeza oficial. Nessas circunstâncias, negar força de título executivo a esta espécie de sentença seria atentar contra o sistema processual, sua lógica e os valores nele consagrados (voto de relator proferido no REsp n. 614.577, citado).

4. Essa linha de fundamentação é inteiramente aplicável às hipóteses como a dos autos: ao julgar improcedente o pedido de declaração de inexistência da relação jurídica obrigacional, a sentença acabou exaurindo inteiramente a atividade de certificação da existência da obrigação, inclusive no que se refere aos sujeitos e à natureza da relação jurídica, bem como ao valor e à exigibilidade da prestação. Nada mais resta a certificar. Ora, essa sentença, como toda a sentença de mérito, tem eficácia de lei entre as partes (CPC, art. 468) e, transitada em julgado, torna-se imutável e indiscutível (CPC, art. 467), ficando a matéria decidida acobertada por preclusão, nesse ou em qualquer outro processo (CPC, art. 471), salvo em ação rescisória, se for o caso. É descabido o raciocínio - que às vezes comanda, ao menos implicitamente, certas afirmações em doutrina e jurisprudência -, de que somente as sentenças de procedência têm a força de preceito e podem se revestir da imutabilidade da coisa julgada. Também as de improcedência têm tais propriedades, e as têm em idêntico grau de intensidade. Elas também são, como é notório, sentenças de acerto. Eis, a propósito, a lição didática de Cândido Dinamarco:

Na realidade, o que mais comumente ocorre no processo de conhecimento é que o juiz não decide somente a demanda do autor, mas as demandas contrapostas das partes. Ao ofertar a resposta à inicial, o réu apresenta também a sua demanda, que ordinariamente consiste na pretensão à rejeição da demanda do autor (...). O autor pediu a condenação do réu a pagar, o réu pede a declaração de que nada deve (improcedência da demanda do autor) - eis as demandas contrapostas. A tutela jurisdicional será deferida, pela sentença de mérito, àquele cuja pretensão for acolhida pelo juiz (procedência ou improcedência da demanda inicial, ou 'da ação', como se costuma dizer) (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, SP: Malheiros, 2001, p. 195).

Caberia perguntar, assim, que outra utilidade ou finalidade poderia ter, em casos como o dos autos, uma nova ação cognitiva que viesse a ser movida pelo credor, cujo direito já está reconhecido e certificado de modo integral e irreversível. Nenhuma, pois a sentença não poderia, sob pena de ofensa à coisa julgada, ter outro resultado que não o de, novamente, reconhecer a existência da obrigação. O único acréscimo que dela poderia resultar seria o de um ritualístico e sacramental “eu condeno a pagar”, que, além de não poder ser negado pelo juiz, é inteiramente dispensável, já que, conforme registrado no precedente antes citado, o dever de prestar é componente essencial da própria relação jurídica a que se refere. Em outras palavras: se já está judicialmente reconhecido que a obrigação existe e está vencida, o dever da entrega da correspondente prestação é decorrência natural e necessária, prescindindo de nova intermediação judicial para que isso ocorra. Não fosse assim, não haveria como justificar a força executiva dos títulos extrajudiciais.

5. Na verdade, em demandas como a que deu origem ao presente recurso - em que buscou provimento judicial que certificasse a inexistência de uma relação jurídica obrigacional -, a procedência e a improcedência do pedido representam o verso e o reverso inseparáveis da mesma moeda: o julgamento de mérito importará necessariamente um juízo de certeza sobre a existência ou sobre a inexistência da obrigação, sendo que, em qualquer dos casos, a sentença terá eficácia preceitual para as partes, como verdadeira norma individualizada (“lei entre as partes”) e, transitando em julgado, será imutável e indiscutível, salvo por rescisória, se for o caso. Quando improcedente, conferirá, portanto, tutela jurisdicional em favor do demandado, independentemente de reconvenção. Aliás, em alguns casos, a norma processual deixa expresso esse potencial efeito dúplice, sendo exemplos inequívocos as sentenças de mérito em ações possessórias (CPC, art. 920), em ações de consignação em pagamento (CPC, art. 899, § 2º) e em ações de prestação de contas (CPC, art. 918). A reconvenção, como é

sabido, somente se presta para decidir outra causa, fundada em relação jurídica de direito material distinta, que, embora conexa com a da ação principal (CPC, art. 315), com ela não se confunde. Conforme assinalou Pontes de Miranda, “a pretensão, ou a ação, que é objeto da reconvenção, tem de ser diferente da que é exercida na ação contra o réu” (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo V, RJ: Forense, 1974, p. 161). E conclui, mais adiante, em exemplo que retrata, *mutatis mutandis*, o que aqui está em causa: “se, contra ação declaratória positiva, o réu, defendendo-se, pede a declaração negativa, não há reconvenção” (*op.cit.*, p. 162). Não é outra a lição de Barbosa Moreira, que, ao tratar do interesse processual em reconvir, assevera: “Este requisito falta sempre que a matéria possa ser alegada, com idêntico efeito prático, em *contestação*. Por exemplo: não se pode reconvir para pedir simplesmente a declaração de inexistência do mesmo direito postulado na ação originária” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro, 27ª ed., RJ: Forense, 2008, p. 45). Em circunstâncias como essa, a falta de interesse jurídico em reconvir está, pois, justamente nisso: a sentença de mérito julga julga a causa inteiramente e, sendo de improcedência, confere ao demandado a tutela jurídica de que necessita, com o mesmo efeito prático da reconvenção.

6. Reafirma-se, assim, o que ficou ao início registrado: o art. 475-N, I do CPC, segundo o qual é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”, se aplica também às sentenças que, julgando improcedente (parcial ou totalmente) o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional, reconhecem a existência da obrigação do demandante para com o demandado. Atentos doutrinadores perceberam esse fenômeno (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à nova sistemática processual civil, SP: RT, 2006, p. 167; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. A terceira etapa da reforma processual civil, SP: Saraiva, 2006, p. 173-174; SANTOS, Ernani Fidélis dos. As reformas de 2005 do Código de Processo Civil, SP: Saraiva, 2006, p. 31; CARMONA, Carlos Alberto. “Cumprimento da sentença conforme a Lei 11.232 de 2005”, *apud* Processo Civil - aspectos relevantes - vol. 2, obra coletiva, Coord. Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte, SP: Método Editora, 2007, p. 15). No plano da jurisprudência, esse entendimento tem a chancela da 1ª Seção do STJ, em julgamento sob o regime do art. 543-C do CPC, tratando de caso idêntico ao presente (REsp n. 1.261.888-RS, Min. Mauro Campbell

Marques, DJe de 18.11.2011), cujos fundamentos foram sumariados na seguinte ementa:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Sentença que condena concessionária de energia elétrica em obrigação de não fazer (impedimento de corte no fornecimento) e declara legal a cobrança impugnada em juízo, salvo quanto ao custo administrativo de 30% referente a cálculo de recuperação. Aplicação do art. 475-N, inc. I, do CPC pela concessionária em relação à parte do que foi impugnado pelo consumidor na fase de conhecimento. Possibilidade no caso concreto.

1. Com a atual redação do art. 475-N, inc. I, do CPC, atribuiu-se “eficácia executiva” às sentenças “que reconhecem a existência de obrigação de pagar quantia”.

2. No caso concreto, a sentença que se pretende executar está incluída nessa espécie de provimento judicial, uma vez que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para (i) reconhecer a legalidade do débito impugnado, embora (ii) declarando inexigível a cobrança de custo administrativo de 30% do cálculo de recuperação de consumo elaborado pela concessionária recorrente, e (iii) discriminar os ônus da sucumbência (v. fl. 26, e-STJ).

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

Cumprе observar que, considerada a especial eficácia vinculativa desse julgado (CPC, art. 543-C, § 7º), impõe-se sua aplicação, nos mesmos termos, aos casos análogos, como o dos autos.

7. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação. É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.303.543-RJ (2010/0170845-3)**

---

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Crisco Empreendimentos S A

Advogado: Nanci Gama e outro(s)

Recorrido: Município do Rio de Janeiro

Procurador: Gustavo da Gama Vital de Oliveira e outro(s)

## EMENTA

Recurso especial. Tributário, Processual Civil e processo administrativo fiscal. Art. 535 do CPC. Ausência de contradição ou omissão. Arts. 594 do CC e 110 do CTN. Ofensa não demonstrada. Ação anulatória de lançamento tributário. ISSQN. Transmissão televisa, licenciamento de produtos e propaganda estática. Direito de uso e exploração de imagem de clube de futebol, com o qual a recorrente firmara contratos de licença para uso de marca e de exploração de espaços publicitários. Atividades equiparadas pela autoridade fiscal à locação de bens móveis, quando do autuação. Modificação do critério jurídico adotado pelo Fisco no lançamento pelo Judiciário, para incluir as atividades da empresa em outro item da lista de serviços. Erro de direito. Inadmissibilidade. Arts. 142 e 146 do CTN. Aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 31-STF. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, para cancelar o auto de infração apenas quanto à cobrança de ISSQN e multa decorrentes das atividades equiparadas à locação de bens móveis, sem prejuízo da renovação da autuação, em forma regular, se for o caso.

1. Ausentes a contradição ou a omissão alegadas, porque o acórdão impugnado solveu a controvérsia integralmente, não se reconhece qualquer maltrato ao art. 535, incisos I e II do CPC.

2. A ora recorrente propôs ação objetivando a anulação de lançamento tributário efetuado pelo Município do Rio de Janeiro para a cobrança de ISSQN, mais multa por descumprimento de obrigação acessória (não emissão de notas fiscais), sobre atividades de licenciamento de produtos e propaganda estática, ambas equiparadas à locação de bens móveis, conforme legislação tributária municipal.

3. Essas atividades eram decorrentes de contrato de licenciamento com clube de futebol, por meio do qual foi assegurado à empresa, mediante remuneração, o direito exclusivo de utilizar e explorar, no território brasileiro e no exterior, os direitos à denominação e ao símbolo do licenciante, às marcas registradas ou pendentes de registro em seu nome, bem como o direito ao saldo positivo de parcela das receitas das vendas de ingressos e bilheteria cabíveis ao licenciamento, além do direito de explorar a imagem do clube e de seu patrimônio

para todos os fins comerciais lícitos, incluindo, exibição fotográfica, reprodução audiovisual, fixação, transmissão e retransmissão junto ao público de quaisquer atividades desportivas, eventos ou espetáculos de que participasse o licenciante.

4. O Tribunal Estadual assentou que os bens disponibilizados onerosamente em favor de terceiros pela apelante no desempenho de seu mister pertencem a outrem (o clube de futebol); por isso, mostra-se equivocado o entendimento de que tal relação consubstancia uma locação e não um serviço; aduziu, ainda, que a atividade desempenhada pela apelante configuraria efetivamente a prestação de serviço exigida para o fim de incidência do ISS, a uma, porque é prestada a terceiros, a duas, porque se relaciona com bens que não são da sua propriedade.

5. Compete privativamente à autoridade administrativa fiscal verificar tanto a ocorrência da hipótese de incidência, ou seja, a descrição legislativa de acontecimento ou situação que pode desencadear o nascimento de uma obrigação tributária, como o fato imponível, ou o fato gerador concreto, ou seja, aquele emergente da situação singular e que se subsume à hipótese de incidência, nos exatos termos do art. 142 do CTN.

6. No caso concreto, o que se constata é que a autoridade administrativa reconheceu o fato gerador concreto para fins de incidência do ISSQN como sendo uma *locação de bens móveis*, embora, essa não seja a real atividade desenvolvida pela empresa, como bem captaram o Julgador Singular e o Tribunal Estadual; todavia, não cabe ao Judiciário substituir a Autoridade Fiscal, para dar outra qualificação jurídica aos fatos por ela já analisados, corrigindo, dessa forma, típico erro de direito do lançamento, pois isso afronta o princípio da legalidade, do qual o princípio da tipicidade fechada é corolário, bem como o da segurança jurídica.

7. A Primeira Seção desta Corte encampou a Súmula n. 227-TFR, segundo a qual a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento: REsp n. 1.130.545-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.2.2011, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC.

8. Se a Autoridade Fiscal enquadrou a atividade da recorrente como *locação de bens móveis*, e o STF já decidiu que sobre ela não

incide ISS (Súmula Vinculante n. 31), mostra-se ilegal a modificação judicial desse critério jurídico, para fins de validar o lançamento efetuado.

9. Ante o exposto, conhece-se parcialmente do recurso e, nessa parte, dá-se-lhe parcial provimento para julgar parcialmente procedente o pedido da ação anulatória, cancelando-se as cobranças descritas nos itens I a VI do auto de infração, que remanesce, no entanto, quanto ao mais, sem prejuízo de novo lançamento, de forma regular, se for o caso.

10. Tendo em vista a sucumbência recíproca, determina-se a compensação, por igual, das despesas e dos honorários advocatícios.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Dra. Alexandra Costa Pires, pela parte recorrente: Crisco Empreendimentos S/A.

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe 11.4.2012

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Crisco Empreendimentos S/A*, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III da CF, em adversidade a acórdão prolatado pelo TJRJ, assim ementado:

Apelação cível. Direito tributário. ISS. Ação anulatória de débito fiscal. Sociedade anônima cujo objeto social consiste na realização de empreendimentos relacionados à exploração comercial de marcas e símbolos esportivos. Rendas auferidas pela companhia com o licenciamento de produtos, publicidade estática e transmissões televisivas dos jogadores do Clube de Regatas Vasco da Gama. Não emissão das notas fiscais no período compreendido entre 2000 e 2002. Autos infracionais lavrados pela municipalidade. Sentença *a quo* que julgou improcedente a demanda anulatória. Apelo ofertado pela parte autora. Alegação de não incidência do ISS, por entender que suas atividades caracterizam mera locação de bem móvel, cujas funções de licenciamento se resumem numa obrigação de dar, circunstância oposta da prestação de serviços que se consubstancia numa obrigação de fazer. Mostra-se perfeitamente constitucional sujeitar a autora à imposição do imposto em comento cujo fato gerador é a efetiva prestação de serviços. Manutenção do *decisum*. Legalidade do ato. A empresa, ao captar um clube na qualidade de intermediadora que é, presta serviços típicos de divulgação e comercialização dos bens que este clube possui. Serviços de intermediação previstos na Lei n. 691/1984. Ocorrência do fato gerador. Incidência do ISS. Recurso conhecido e provido (fls. 350).

2. Opostos Embargos Declaratórios ao referido acórdão, foram rejeitados (fls. 390-394).

3. Em seu Apelo Raro, sustenta a empresa recorrente, preliminarmente, ofensa ao art. 535, I e II do CPC, argumentando que o aresto foi contraditório, porque, inicialmente, afirmou que a questão versada compreenderia a análise do ato administrativo de autuação, mas, ao final, sem qualquer coerência, *ignorou a capitulação legal conferida (locação de bens móveis) para enquadrar a atividade da recorrente em outro item da lista de serviço (agência, intermediação), olvidando que o lançamento é ato privativo das autoridades fiscais e não do Judiciário.*

4. Ademais, teria havido omissão na análise expressa dos arts. 594 do CC e 110 do CTN, e do art. 150, IV da CF, este último ante a assertiva de inconstitucionalidade da multa por descumprimento de obrigação acessória em razão de seu caráter confiscatório.

5. No mérito, afirma ofensa aos arts. 128 do CPC e 142 do CTN, porquanto o aresto impugnado *teria fugido dos limites da lide*, tratando a ação como se declaratória fosse, ignorando que lhe competia analisar a *validade do ato administrativo de lançamento* que lhe foi submetido, e não dizer se a recorrente sujeitava-se ou não ao ISS.

6. Discorre sobre o conceito de serviço previsto no Código Civil, e que suas atividades - transmissão televisiva, licenciamento de produtos e propaganda

estática representam tão somente o direito de uso e exploração da imagem de clube de futebol, com o qual firmara contratos de licença para uso de marca e de exploração de espaços publicitários, não envolvendo qualquer obrigação de fazer que possa ser compreendida como serviço. Outrossim, reforça ter sido a própria fiscalização, no auto de infração que se pretende anular, que capitulou as atividades da recorrente como *locação de bens móveis*, não cabendo ao Judiciário, sob pena de ofensa aos arts. 128 do CPC e 142 do CTN, substituir o ato de lançamento, capitulando a atividade da autora em outro item da lista de serviços.

7. Cita jurisprudência do STF sobre a inadmissibilidade de cobrança de ISS sobre *locação de bens móveis*.

8. Com contrarrazões (fls. 553-559), o Recurso Especial foi inadmitido e o Extraordinário sobrestado (art. 543-C do CPC). Interposto Agravo de Instrumento para esta Corte (Ag n. 1.349.033-RJ), determinei a sua conversão em Recurso Especial para submissão da controvérsia ao crivo desta Primeira Turma deste STJ (fls. 624).

9. É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Verifica-se dos autos que a ora recorrente propôs ação objetivando a anulação de lançamento tributário efetuado pelo Município do Rio de Janeiro para a cobrança de ISSQN, mais multa por descumprimento de obrigação acessória (não emissão de notas fiscais), sobre atividades assim referidas no respectivo ato:

I) Art. 44 da Lei n. 691/1984 (código 1111035). Penalidade: art. 51, inciso I, item 1, da Lei n. 691/1984. Multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o imposto devido. Ocorrência: Deixou de recolher - documentos emitidos e livros escriturados o ISS incidente sobre as receitas relativas a serviços de locação de bens móveis - licenciamento de produtos, conta 7.1.9.99.00.00.011-7 (ano 2000) e 4.1.02.01.02 (ano 2001) Rendas de Licenciamento de Produtos, previsto no art. LXXIX do art. 8º da Lei n. 691/1984, com redação dada pela Lei n. 1.194/1987 (...).

II) Art. 44 da Lei n. 691/1984 (cód. 1111248). Penalidade: art. 51, inciso I, item 5, alínea **a** da Lei n. 691/1984, alterada pela Lei n. 2.715/1998. Multa de 90% (noventa por cento) sobre o imposto devido. Ocorrência; Deixou de recolher o ISS referente ao serviço de locação de bens móveis - licenciamento de produtos - conta 4.1.02.01.01 Rendas de Licenciamento de Produtos, previsto no inciso LXXIX do artigo 8º da Lei n. 691/1984, com redação dada pela Lei n. 1.194/1987 (...).

(...).

IV) Art. 44 da Lei n. 691/1984 (código 1111035). Penalidade: art. 51, inciso I, item 1, da Lei n. 691/1984. Multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o imposto devido. Ocorrência: Deixou de recolher - documentos emitidos e livros escriturados - o ISS incidente sobre as receitas relativas a serviços de locação de bens móveis - publicidade estática, conta 7.1.9.99.00.00.0095 (ano 2000) e 4.1.02.01.01 (ano 2001) Rendas de Publicidade Estática, previsto no LXXIX do artigo 8º da Lei n. 691/1984, com redação dada pela Lei n. 1.194/1987 (...).

V) Art. 44 da Lei n. 691/1984 (cód. 1111348). Penalidade: art. 51, inciso I, item 5, alínea **a** da Lei n. 691/1984, alterada pela Lei n. 2.715/1998. Multa de 90% (noventa por cento) sobre o imposto devido. Ocorrência: Deixou de recolher o ISS referente ao serviço de locação de bens móveis - publicidade estática, conta 4.1.02.01.01 Rendas de Publicidade Estática, previsto no inciso LXXIX do art. 8º da Lei n. 691/1984, com redação dada pela Lei n. 1.194/1987, no período de março de 2001 a agosto de 2002 (...).

(...).

VII) Art. 44 da Lei n. 691/1984 (cód. 1111248). Penalidade: art. 51, inciso I, item 5, alínea **a** da Lei n. 691/1984, alterada pela Lei n. 2.715/1998. Multa de 90% (noventa por cento sobre o imposto devido). Ocorrência: Deixou de recolher o ISS referente ao serviço de diversões públicas - venda de direitos à transmissão pela televisão, conta 7.1.9.99.00.00.010-9 - Rendas de Transmissão Televisiva, previsto no item 4 do inciso LX do artigo 8º da Lei n. 691/1984, com redação dada pela Lei n. 1.194/1987, no mês de dezembro de 2000.

VIII) Art. 48 da Lei n. 691/1984, combinado com o art. 183, inciso I, observado o art. 194, todos do Decreto n. 10.514/1991 (cód. 1210670). Penalidade: art. 51, inciso II, item 1, alínea **b** da Lei n. 691/1984, com as alterações introduzidas pela Lei n. 2.277/1994. Multa de 5% do valor da operação. Ocorrência: Não emitiu Notas Fiscais Fatura de Serviço, para os serviços e mês especificados no item VII acima, para operações no valor de R\$ 7.715.837,89 (sete milhões, setecentos e quinze mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos, ocasionando multa no valor de R\$ 385.791,89 (trezentos e oitenta e cinco mil, setecentos e noventa e um reais e oitenta e nove centavos), conforme Quadro Demonstrativo II, em anexo (fls. 48-50).

2. Na inicial da Ação Declaratória a ora recorrente informou que celebrou contrato de licenciamento com o *Club de Regatas Vasco da Gama*, por meio do qual lhe foi assegurado, mediante remuneração, o direito exclusivo de utilizar e explorar, no território brasileiro e no exterior, *os direitos à denominação e ao símbolo do licenciante, às marcas registradas ou pendentes de registro em seu nome, bem como o direito ao saldo positivo de parcela das receitas das vendas de ingressos e bilheteria cabíveis ao licenciamento, além do direito de explorar a imagem do*

*licenciante e de seu patrimônio para todos os fins comerciais lícitos, incluindo, exibição fotográfica, reprodução audiovisual, fixação, transmissão e retransmissão junto ao público, de quaisquer atividades desportivas, eventos ou espetáculos de que participe o licenciante (fls. 18).*

3. Considerando essa situação fática e o ato de lançamento, o acórdão impugnado, na esteira do já havia decidido o ilustre Julgador singular, aduziu o seguinte, no que interessa:

Conforme se infere da peça exordial, a sociedade empresária *Crisco Empreendimentos S/A* moveu ação anulatória de débito fiscal em face do *Município do Rio de Janeiro*, sob o rito ordinário, sustentando não incidência do ISSQN sobre as rendas advindas do licenciamento de produtos, propaganda estática, transmissão televisa dos jogadores do clube recreativo Vasco da Gama, razão pela qual deve ser desconstituído o Auto de Infração n. 121.005, por não estar obrigada a emitir as notas fiscais dos supostos serviços.

A sentença *a quo* de fls. 218-225 julgou improcedente o pleito autoral condenando a autora no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 5% sobre o valor atribuído à causa.

(...).

A questão versada no presente litígio, embora possa vislumbrar matéria controvertida, na verdade, diante da peculiaridade posta neste caso concreto, impõe reconhecimento voltado para a análise positiva e legal do ato administrativo que autou a empresa apelante, não havendo na sentença prolatada qualquer erronia.

O ponto nodal da lide gira em torno da legalidade ou não de incidência do ISS (Imposto sobre Serviços) sobre as rendas auferidas pela parte autora decorrentes dos atos de licenciamento de produtos e símbolos esportivos, publicidade estática e transmissão televisa que esta pratica no desempenho típico de suas atividades comerciais.

Enquanto a ora apelante pugna pela ausência de previsão legal e inconstitucionalidade do item 79 da lista de serviços a que se referia o Decreto-Lei n. 406/1968, bem como a não incidência do ISS, por entender que suas atividades caracterizam mera locação de bens móvel, cujas funções de licenciamento se resumem numa obrigação de dar, circunstância essa oposta da prestação de serviços que se consubstancia numa obrigação de fazer, a ré afirma que se mostra perfeitamente constitucional sujeitar a autora à imposição do imposto cujo fato gerador é a efetiva prestação de serviços.

Num primeiro aspecto, cumpre-nos aferir qual a atividade exercida pela autora, e em razão dessas atividades desenvolvidas, se há ou não a ocorrência do fato

gerador do ISS. Ou seja, se as atividades por ela desempenhadas caracterizariam obrigação de dar ou obrigação de fazer.

Como é cediço, a tributação no Estado Democrático de Direito constitui instrumento da sociedade, pois é exatamente através das receitas tributárias que são viabilizadas a manutenção da estrutura política e administrativa do Estado e as ações de governo.

A Constituição Federal da República, por sua vez, cuidou de definir as possibilidades e limites da tributação, traçando as respectivas competências tributárias dos entes federativos.

O ISSQN (Imposto sobre serviço de qualquer natureza) é de competência dos municípios e vem regulado no art. 156, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim dispõe:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Dessa forma, pode-se constatar que o tema vem sendo regulado pelo Decreto Lei n. 406/1968, pela Lei n. 691/1984 e pela Lei n. 1.194/1987, sendo certo que a Lei Complementar n. 116/2003 não dispõe sobre o ISSQN e, portanto, não se aplica a hipótese em comento.

Isso porque essa matéria controvertida refere-se a fatos desenvolvidos efetivamente nos anos de 2000 e 2002, anteriores, por via de consequência, a Lei Complementar n. 116/2003.

O ISS, segundo a doutrina, consiste num fazer em favor de terceiros, ou seja, reivindica o caráter de bilateralidade, tornando necessária a existência de duas pessoas diversas: de um lado, o prestador e do outro o tomador dessa obrigação de fazer.

O conceito de serviço supõe, portanto, uma relação com outra pessoa, a quem se serve.

Assim, conforme ensinamento do ilustre Professor Aires F. Barreto, em sua obra ISS na Constituição e na Lei - Dialética, 2003, página 29, conceitua-se serviço como todo esforço humano desenvolvido em benefício de outra pessoa (em favor de outrem).

Pois bem, da análise do contrato social de fls. 22, especialmente o artigo 3º, verifica-se que a companhia Crisco Empreendimentos S/A tem por objeto a realização de empreendimentos relacionados com a exploração comercial de marcas e símbolos esportivos. Em outras palavras, a mesma desenvolve suas atividades lucrativas por meio da exploração econômica de marcas, símbolos e imagens televisivas pertencentes aos clubes esportivos.

O DL n. 406/1968, aplicável à hipótese, estabelece que o fato gerador do ISS é a prestação de serviço previsto em lei específica.

A Lei n. 691/1984, por sua vez, que trata do Código Tributário do Município do Rio de Janeiro, prevê, em seu art. 8º, incisos LX e LXXIX, o seguinte:

Art. 8. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviços:

XLVII - agenciamento, corretagem ou intermediação de direitos da propriedade industrial, artística ou literária;

LX - diversões públicas:

1. Vetado, cinemas, Vetado, auditórios, parques de diversões, táxi dancings e congêneres;

2. bilhares, boliches, corridas de animais e outros jogos;

3. exposições, com cobrança de ingresso;

4. bailes, shows, festivais, recitais e congêneres, inclusive espetáculos que sejam também transmitidos, mediante compra de direitos para tanto, pela televisão ou pelo rádio;

5. jogos eletrônicos;

6. competições esportivas ou de destreza física ou intelectual com ou sem a participação do expectador, inclusive a venda de direitos a transmissão pelo rádio ou pela televisão;

7. execução de música, individualmente ou por conjuntos;

LXXIX - locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.

Ora, muito embora o STF, no julgamento do RE n. 116.121 tenha declarado a ilegitimidade da expressão da locação de bens móveis, contida no item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 (na redação dada pela Lei Complementar n. 56/1987), há que se reconhecer que os serviços prestados pela recorrente não se equiparam a locação.

Não há como respaldar a tese do apelante, vez que há efetivamente entre o clube e a Crisco Empreendimentos S/A a perfectibilização de um contrato bilateral tendente ao oferecimento de um serviço. De um lado, na qualidade de prestador, o autor, e do outro, na qualidade de tomar, o clube.

A empresa, ao captar sociedades esportivas na qualidade de intermediadora que é, presta serviços típicos de divulgação e comercialização dos bens que esses clubes possuem, quais sejam: suas marcas, símbolos, bandeiras, distintivos, imagens televisivas de atletas, etc.

Dessa forma, forçoso reconhecer que a sociedade apelante não está desempenhando uma mera obrigação de dar como faz crer, mas sim,

desenvolvendo uma típica obrigação de fazer em relação aos clubes que representa, pois, como visto, o recorrente se obriga a explorar comercialmente as marcas e símbolos esportivos disponibilizados pelos seus clientes. E essa atividade, notadamente, não está equiparada a uma locação, mas sim a um típico trabalho para satisfação de terceiros (serviço).

Enquanto o clube, ao ceder a sua marca para a Crisco Empreendimentos S/A, desempenha uma mera obrigação de dar, hipótese essa que afasta a incidência do ISS por se tratar de locação de bem móvel (licença da marca e símbolos do clube), a Crisco Empreendimentos S/A em relação ao clube e a terceiros exerce típica obrigação de fazer, posto que restou obrigada a desempenhar serviços de exploração comercial dessas marcas e símbolos perante terceiros.

Tal atividade gera lucro para si, receita para o clube licenciante, e possibilidade de lucro para outras empresas que queiram se utilizar das marcas e símbolos dos clubes que representa.

No mais, a apelante ao seu considerar licenciante da marca fazendo crer que não desempenha serviços, mas sim locação de bens móveis, incorre em grave equívoco.

A apelante não é propriamente licenciante das marcas e símbolos postos a sua disposição pelos seus clientes. Esta continua ostentando a condição de licenciada, pois, como visto, atua como simples mandatária do clube.

No mais, é certo que a autora não detém a propriedade das marcas que comercializa, motivo pelo qual, ao autorizar que outros o façam pratica serviço típico de exploração comercial (exploração de diversões públicas e agenciamento de marcas) sujeita ao ISS, na qualidade de intermediadora que é (incisos LX e LXVII - Lei n. 1.194 - de 30 de dezembro de 1987).

Em outras palavras, o clube, ao ceder a sua marca à Crisco Empreendimentos S/A faz um esforço em favor dele próprio, não estando sujeito ao ISSQN. A Crisco Empreendimentos S/A, por sua vez, ao comercializar as marcas de seus clientes na qualidade de intermediadora que é, desempenha um esforço para satisfazer terceiros, circunstância essa geratriz do tributo aqui discutido.

Nessa esteira de raciocínio, muito embora o licenciamento das marcas, símbolos e imagens televisivas de um determinado clube para a Crisco Empreendimentos S/A represente uma obrigação de dar e verdadeira locação de bem móvel, circunstância essa que não gera a incidência de ISSQN, tal não ocorre em relação à licença concedida pela Crisco Empreendimentos S/A a terceiros interessados em veicular essas marcas e símbolos em seus produtos, pois, nesse último caso, a licença não é um fim em si mesmo, mas sim um meio que a Crisco Empreendimentos S/A dispõe para dar consecução aos seus serviços de intermediação, agenciamento de marca e exploração de diversões públicas, cujos fatos geradores encontram-se previstos na legislação tributária municipal.

No mais, cumpre destacar que os bens disponibilizados onerosamente em favor de terceiros pela apelante no desempenho de seu mister pertencem a outrem (clubes). Por isso, mostra-se equivocado o entendimento de que tal relação consubstancia uma locação e não um serviço.

Por outro lado, o contribuinte não demonstrou efetivamente que o lançamento efetuado pelo Município tenha recaído sobre as atividades não previstas como hipóteses de incidência do imposto ISS, deixando, portanto de comprovar o fato constitutivo do direito invocado, quando tal ônus lhe cabia, *ex vi* do art. 333, I do CPC.

Desta forma, conclui-se que a atividade desempenhada pela apelante configura efetivamente a prestação de serviço exigida para o fim de incidência do ISS, a uma, porque é prestada a terceiros, a duas, porque se relaciona com bens que não são da sua propriedade.

Destarte, nossos Tribunais Superiores, consolidaram o entendimento segundo o qual a Lista ISS, anexa aos diplomas legais mencionados, apresenta rol taxativo, cujos itens, individualmente considerados, admitem interpretação extensiva. Assim se cabe incidência de ISS sobre agenciamento de propriedade industrial, obras literárias e artísticas, entendendo ser cabível também a incidência de ISS sobre agenciamento de marcas e símbolos esportivos.

Corroborando com esse entendimento, os argumentos esposados na r. sentença de fls. 218-225, os quais passam a integrar o presente voto na forma do permissivo regimental.

Por tais razões, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se incólume o *decisum* vergastado por seus próprios termos e doutos fundamentos (fls. 353-356).

#### 4. Por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios acrescentou-se:

Os presentes Embargos de Declaração, não obstante se revelem tempestivos, justificando seu conhecimento, não podem ser acolhidos, pois a decisão ora esgrimida não contém contradições e nem omissões, uma vez que na ementa e no bojo do acórdão vergastado há esclarecimento devidamente fundamentado sobre a matéria esgrimida.

A questão que se pretende ver lançada no exame do caso se firma na avaliação procedida pelo Embargado, no sentido de que a Embargante desempenha uma típica obrigação de fazer, em relação ao clube representado, cuja atividade está equiparada a um trabalho de prestação de serviço que objetiva a satisfação de terceiros.

Cumpre ainda, esclarecer que a empresa pratica um serviço típico de exploração comercial que se encontra de fato sujeito ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, conforme se pode verificar dos termos da Lei n. 1.194/1997.

Ou seja, quando o clube cede a sua marca a Embargante, Crisco Empreendimentos S/A, o faz sem qualquer esforço e proveito dele e, por isso, não se mostra aqui a presença efetiva dos pressupostos autorizadores do ISSQN.

Já na circunstância de a Crisco Empreendimentos S/A comercializar as marcas de seus clientes, na qualidade de intermediária, na verdade, esse ato é específico de um exercício cuja finalidade é satisfazer terceiro e nesse passo vincula-se a incidência do ISSQN.

Nota-se, no entanto, que a idéia não se prende aos termos do artigo 594 do Código Civil, uma vez que não se visa unicamente uma retribuição pelo contrato desempenhado.

Além disso, a embargante não demonstrou concretamente que o lançamento efetuado pelo embargado tenha recaído sobre atividades não previstas naquelas hipóteses de incidência do imposto do ISSQN (fls. 392-393).

5. Afasta-se, de pronto, a assertiva de ofensa ao art. 535, inciso I do CPC (contradição). Veja-se que a ora recorrente postulou a declaração de nulidade do auto de infração e uma de suas ponderações era de que sua atividade não caracterizaria uma *prestação de serviço* ou *obrigação de fazer*. E a sentença e o acórdão impugnados apresentaram a argumentação que entenderam coerente para o fim de afastar essa assertiva, o que, por óbvio, passava pela definição do tipo de atividade desempenhada pela empresa.

6. Inexiste ainda as omissões apontadas. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, naquilo que pareceu suficiente para a solução da controvérsia, sendo certo que julgamento diverso do pretendido não traduz maltrato à norma processual citada (art. 535, II do CPC).

7. Aos Municípios, a Constituição conferiu a competência para a cobrança do ISSQN, *desde que não compreendidos no art. 155, II da Carta Magna*, estando fora do seu âmbito, portanto, as *operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior* (art. 155, II, e 156, III da CF/1988).

8. Para sofrer a incidência do ISS, o *serviço* deve estar incluído na lista de serviços que acompanha a Lei Complementar; em outras palavras, a competência tributária dos Municípios atribuída pela CF está limitada à Lista de Serviços que, em Lei complementar, define quais as hipóteses de incidência.

9. Essa lista, segundo a jurisprudência desta Corte e também do STF, é taxativa, ou seja, não admite a utilização *da analogia* para estabelecer obrigação

tributária não prevista em Lei, admitindo-se, no entanto, a interpretação extensiva da cada item, para o fim de alcançar os serviços prestados sob nomenclaturas diferentes, mas que correspondam em sua substância àqueles listados expressamente. A questão restou pacificada nesta Corte, por meio de recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, conforme se depreende da seguinte ementa:

Tributário. Serviços bancários. ISS. Lista de serviços. Taxatividade. Interpretação extensiva.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres.

2. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008. (REsp n. 1.111.234-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 8.10.2009).

10. Nesse mesmo julgamento restou assentado que *o exame de compatibilidade dos serviços efetivamente prestados com aqueles previstos abstratamente na referida Lista deve ser levado a termo pelas instâncias de origem, sendo inviável de ser analisado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.*

11. Registre-se, ainda, que a Primeira Seção deste STJ possui entendimento tranquilo de que *a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da Constituição Federal), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão-somente, ao Supremo Tribunal Federal (AgRg no REsp n. 1.191.465-ES, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, DJe 10.3.2011).*

12. Assim, saber se a atividade desenvolvida pela recorrente de uso e exploração de produtos, marcas, imagem e espaços físicos e transmissão televisiva constitui serviço para fins de incidência do ISS é tarefa a ser descortinada pelo Colendo STF.

13. De qualquer forma, a questão que interessa ao caso concreto é outra e diz com o malferimento dos arts. 128 do CPC e 142 do CTN. Segundo a ora recorrente, o Tribunal *a quo* desconsiderou o enquadramento legal conferido pela própria autoridade fiscal às suas atividades, qual seja, de equipararem-se à *de locação de bens móveis*, cuja incidência do ISS já fora afastada definitivamente pelo colendo STF, que editou a Súmula Vinculante n. 31, segundo a qual *é*

*inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS - sobre operações de locação de bens móveis.*

14. Afirma, ainda, que o Judiciário não pode *substituir lançamento realizado*, para reenquadrar as atividades da recorrente em outro item da lista de serviços, como se autoridade fiscal fosse. Aduz que, ao não se ater ao lançamento efetuado e afirmar que a cobrança seria correta, porque a recorrente presta serviços de intermediação e agenciamento de marcas e produtos e não de locação de bens móveis, não se tem dúvidas de que o acórdão recorrido pretendeu substituir o lançamento, fundamentando a exigência em item diverso do indicado pelo Recorrido, em afronta ao art. 142 do CTN, que determina que a atividade de lançamento compete privativamente à autoridade administrativa.

15. Nesse ponto, penso que a insurgência merece acolhimento.

16. Como visto, à exceção do item VII do auto de infração, todas as demais atividades foram equiparadas à locação de bens móveis; nesse contexto, a pergunta que deve ser respondida é a seguinte: pode o Judiciário *corrigir* o lançamento feito pela autoridade fiscal competente, de forma definitiva, para dar *outro enquadramento jurídico ao fato gerador*?

17. Diz o art. 142 do CTN:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

18. Vê-se que a autoridade administrativa deve verificar, privativamente, tanto a ocorrência da *hipótese de incidência*, ou seja, *a descrição legislativa de acontecimento ou situação que pode desencadear o nascimento de uma obrigação tributária*, como *o fato imponível*, ou *o fato gerador concreto*, ou seja, aquele emergente da situação singular e que se subsume à hipótese de incidência (ROQUE ANTÔNIO CARAZZA, *O fato gerador da obrigação tributária*, Tratado de Direito Tributário, vol. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 118-119).

19. Compete-lhe exclusivamente *tipificar essa realidade ou fenômeno ocorrido concretamente de forma a verificar se ele se subsume fielmente aos elementos da hipótese de incidência*.

20. É por meio desse ato administrativo singular (embora muitas vezes precedido de um procedimento preparatório) que a obrigação tributária se materializa e passa a ser exigível o crédito ali consignado.

21. Assim, retornando ao caso concreto, o que se constata é que a autoridade administrativa *reconheceu o fato gerador concreto* para fins de incidência do ISSQN *como sendo uma locação de bens móveis*, embora, *essa não seja a real atividade desenvolvida pela empresa, como bem captaram o Julgador Singular e o Tribunal Estadual*; todavia, não cabe ao Judiciário *substituir* a Autoridade Fiscal, para dar outra qualificação jurídica aos fatos por ela já analisados, corrigindo, dessa forma, típico erro de direito do lançamento, pois isso quebra o princípio da legalidade, do qual o princípio da tipicidade fechada é corolário, bem como o princípio da segurança jurídica.

22. Esclarecedor, ainda, o art. 146 do CTN, segundo o qual *a mudança nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente é admissível, em relação a um mesmo sujeito passivo quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*.

23. Merecem destaque os comentários de LEANDRO PAULSEN sobre o princípio da segurança jurídica e o art. 146 do CTN:

Princípio da proteção à confiança. O art. 146 do CTN positiva, em nível infraconstitucional, a necessidade de proteção da confiança do contribuinte na Administração Tributária, abarcando, de um lado, a impossibilidade de retratação de atos administrativos concretos que implique prejuízo relativamente a situação consolidada à luz de critérios anteriormente adotados e, de outros, a irretroatividade de atos administrativos normativos quando o contribuinte confiou nas normas anteriores.

- A inspiração para a norma transcrita buscou-a o legislador no direito germânico. Em sua nova versão, estampada no art. 176 do Código de 1977 (Abgabenordnung 77), aquela regra, sob o título de proteção da confiança nas hipóteses de anulação e alteração do lançamento (...) tem o seguinte teor: (...) no art. 146, protege-se contra a mudança, com efeito retroativo, do critério individualmente utilizado no lançamento relativo a um mesmo sujeito passivo, para proteger a boa-fé do contribuinte. A norma do art. 146...complementa a irrevogabilidade por erro de direito regulada pelos artigos 145 e 149. Enquanto o art. 149 exclui o erro de direito dentre as causas que permitem a revisão do lançamento anterior feito contra o mesmo contribuinte, o art. 146 proíbe a alteração do critério jurídico geral da Administração aplicável ao mesmo sujeito passivo com eficácia para os fatos pretéritos (TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da Proteção da Confiança do Contribuinte. RFDT 06/09, dez/03). (Direito Tributário,

Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 13ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2011, p. 1.070-1.071).

24. Esta Corte já firmou o entendimento pela inadmissibilidade da alteração do lançamento por erro de direito. Nesse sentido:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário e processo administrativo fiscal. Lançamento tributário. IPTU. Retificação dos dados cadastrais do imóvel. Fato não conhecido por ocasião do lançamento anterior (diferença da metragem do imóvel constante do cadastro). Recadastramento. Não caracterização. Revisão do lançamento. Possibilidade. Erro de fato. Caracterização.

1. A retificação de dados cadastrais do imóvel, após a constituição do crédito tributário, autoriza a revisão do lançamento pela autoridade administrativa (desde que não extinto o direito potestativo da Fazenda Pública pelo decurso do prazo decadencial), quando decorrer da apreciação de fato não conhecido por ocasião do lançamento anterior, *ex vi* do disposto no artigo 149, inciso VIII, do CTN.

2. O ato administrativo do lançamento tributário, devidamente notificado ao contribuinte, somente pode ser revisto nas hipóteses enumeradas no artigo 145, do CTN, *verbis*: “Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I - impugnação do sujeito passivo;

(...)

3. O artigo 149, do Codex Tributário, elenca os casos em que se revela possível a revisão de ofício do lançamento tributário, quais sejam:

(...).

4. Destarte, a revisão do lançamento tributário, como consectário do poder-dever de autotutela da Administração Tributária, somente pode ser exercido nas hipóteses do artigo 149, do CTN, observado o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

5. Assim é que a revisão do lançamento tributário por erro de fato (artigo 149, inciso VIII, do CTN) reclama o desconhecimento de sua existência ou a impossibilidade de sua comprovação à época da constituição do crédito tributário.

6. Ao revés, nas hipóteses de erro de direito (equivoco na valoração jurídica dos fatos), o ato administrativo de lançamento tributário revela-se imodificável, máxime em virtude do princípio da proteção à confiança, encartado no artigo 146 do CTN, segundo o qual “a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

7. Nesse segmento, é que a Súmula n. 227-TFR consolidou o entendimento de que “a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento”.

8. A distinção entre o erro de fato (que autoriza a revisão do lançamento) e o erro de direito (hipótese que inviabiliza a revisão) é enfrentada pela doutrina, *verbis*:

Enquanto o erro de fato é um problema intranormativo, um desajuste interno na estrutura do enunciado, o “erro de direito” é vício de feição internormativa, um descompasso entre a norma geral e abstrata e a individual e concreta.

Assim constitui “erro de fato”, por exemplo, a contingência de o evento ter ocorrido no território do Município X, mas estar consignado como tendo acontecido no Município Y (erro de fato localizado no critério espacial), ou, ainda, quando a base de cálculo registrada para efeito do IPTU foi o valor do imóvel vizinho (erro de fato verificado no elemento quantitativo).

Erro de direito, por sua vez, está configurado, exemplificativamente, quando a autoridade administrativa, em vez de exigir o ITR do proprietário do imóvel rural, entende que o sujeito passivo pode ser o arrendatário, ou quando, ao lavrar o lançamento relativo à contribuição social incidente sobre o lucro, mal interpreta a lei, elaborando seus cálculos com base no faturamento da empresa, ou, ainda, quando a base de cálculo de certo imposto é o valor da operação, acrescido do frete, mas o agente, ao lavrar o ato de lançamento, registra apenas o valor da operação, por assim entender a previsão legal. A distinção entre ambos é sutil, mas incisiva. (Paulo de Barros Carvalho, *in* “Direito Tributário - Linguagem e Método”, 2ª Ed., Ed. Noeses, São Paulo, 2008, p. 445-446)

O erro de fato ou erro sobre o fato dar-se-ia no plano dos acontecimentos: dar por ocorrido o que não ocorreu. Valorar fato diverso daquele implicado na controvérsia ou no tema sob inspeção. O erro de direito seria, à sua vez, decorrente da escolha equivocada de um módulo normativo inservível ou não mais aplicável à regência da questão que estivesse sendo juridicamente considerada. Entre nós, os critérios jurídicos (art. 146, do CTN) reiteradamente aplicados pela Administração na feitura de lançamentos têm conteúdo de precedente obrigatório. Significa que tais critérios podem ser alterados em razão de decisão judicial ou administrativa, mas a aplicação dos novos critérios somente pode dar-se em relação aos fatos geradores posteriores à alteração. (Sacha Calmon Navarro Coelho, *in* Curso de Direito Tributário Brasileiro, 10ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 708)

O comando dispõe sobre a apreciação de fato não conhecido ou não provado à época do lançamento anterior. Diz-se que este lançamento teria

sido perpetrado com erro de fato, ou seja, defeito que não depende de interpretação normativa para sua verificação.

Frise-se que não se trata de qualquer fato, mas aquele que não foi considerado por puro desconhecimento de sua existência. Não é, portanto, aquele fato, já de conhecimento do Fisco, em sua inteireza, e, por reputá-lo despido de relevância, tenha-o deixado de lado, no momento do lançamento.

Se o Fisco passa, em momento ulterior, a dar a um fato conhecido uma “relevância jurídica”, a qual não lhe havia dado, em momento pretérito, não será caso de apreciação de fato novo, mas de pura modificação do critério jurídico adotado no lançamento anterior, com fulcro no artigo 146, do CTN, (...).

Neste art. 146, do CTN, prevê-se um “erro” de valoração jurídica do fato (o tal “erro de direito”), que impõe a modificação quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua ocorrência. Não perca de vista, aliás, que inexistente previsão de erro de direito, entre as hipóteses do art. 149, como causa permissiva de revisão de lançamento anterior. (Eduardo Sabbag, *in* Manual de Direito Tributário, 1ª ed., Ed. Saraiva, p. 707).

9. *In casu*, restou assente na origem que: Com relação a declaração de inexigibilidade da cobrança de IPTU progressivo relativo ao exercício de 1998, em decorrência de recadastramento, o bom direito conspira a favor dos contribuintes por duas fortes razões. Primeira, a dívida de IPTU do exercício de 1998 para com o fisco municipal se encontra quitada, subsumindo-se na moldura de ato jurídico perfeito e acabado, desde 13.10.1998, situação não desconstituída, até o momento, por nenhuma decisão judicial. Segunda, afigura-se impossível a revisão do lançamento no ano de 2003, ao argumento de que o imóvel em 1998 teve os dados cadastrais alterados em função do Projeto de Recadastramento Predial, depois de quitada a obrigação tributária no vencimento e dentro do exercício de 1998, pelo contribuinte, por ofensa ao disposto nos artigos 145 e 149, do Código Tributário Nacional. Considerando que a revisão do lançamento não se deu por erro de fato, mas, por erro de direito, visto que o recadastramento no imóvel foi posterior ao primeiro lançamento no ano de 1998, tendo baseado em dados corretos constantes do cadastro de imóveis do Município, estando o contribuinte notificado e tendo quitado, tempestivamente, o tributo, não se verifica justa causa para a pretensa cobrança de diferença referente a esse exercício.

10. Consectariamente, verifica-se que o lançamento original reportou-se à área menor do imóvel objeto da tributação, por desconhecimento de sua real metragem, o que ensejou a posterior retificação dos dados cadastrais (e não o recadastramento do imóvel), hipótese que se enquadra no disposto no inciso VIII, do artigo 149, do Codex Tributário, razão pela qual se impõe a reforma do acórdão regional, ante a higidez da revisão do lançamento tributário.

11. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008 (REsp n. 1.130.545-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.2.2011)

25. Assim, se a Autoridade Fiscal enquadrou a atividade da recorrente como *locação de bens móveis*, e o STF já decidiu que sobre ela não incide ISS (Súmula Vinculante n. 31), mostra-se ilegal a modificação judicial desse critério jurídico, para fins de *validar* o lançamento efetuado.

26. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento para julgar parcialmente procedente o pedido da ação anulatória, cancelando-se as cobranças descritas nos itens 1 a VI do auto de infração, que remanesce, quanto ao mais. Tendo em vista a sucumbência recíproca, determina-se a compensação, por igual, das despesas e dos honorários advocatícios.

