



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 17.796 - DF (2011/0039549-4)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
AGRAVANTE : HOB - HOSPITAL OFTALMOLÓGICO DE BRASÍLIA S/C LTDA
ADVOGADO : JOSÉ SARAIVA
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* E DO *FUMUS BONI IURIS*.

– A simples prática de atos pela Fazenda Pública no sentido de cobrar administrativamente crédito tributário e o eventual ajuizamento de execução fiscal, por si, não acarretam dano irreparável ou de difícil reparação.

– Estando o julgado do Tribunal de origem assentado em precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, afasta-se o *fumus boni iuris*.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sem destaque. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de agosto de 2011(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 17.796 - DF (2011/0039549-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Agravo regimental interposto por Hospital Oftalmológico de Brasília Ltda. – HOB contra a decisão de fls. 361-363, na qual neguei seguimento à presente cautelar assim:

"HOB - Hospital Oftalmológico de Brasília Ltda. ajuíza medida cautelar, com pedido de liminar, buscando conferir efeito suspensivo a 'recurso especial interposto nos autos da ação rescisória n. 2007.01.00053613-6, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ora em fase de agravo de instrumento' em razão da negativa de seguimento do referido recurso (fl. 02).

Relata a requerente que aforou ação declaratória c/c repetição de indébito, com pedido de tutela antecipada, contra a União Federal (Fazenda Nacional), 'para que fosse declarada a inexigibilidade da Contribuição Social para Financiamento de Seguridade Social - CONFINS, com fundamento no art. 6º, II, da LC n. 70/91, bem como fosse a Fazenda Nacional, ora Ré, condenada à restituição dos valores indevidamente pagos a título de COFINS' (fl. 02). Informa, ainda, que o pedido foi julgado procedente com fundamento no art. 6º, II, da Lei Complementar n. 70/91, e no verbete n. 276 da Súmula do STJ. O respectivo acórdão transitou em julgado em 09 de abril de 2007.

Aduz que a União ajuizou ação rescisória com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil, a fim de rescindir o aresto que confirmou os pedidos formulados pelo requerente, apontando suposta violação dos arts. 146, 150, § 6º, 97, e 195, I, CF. O TRF julgou procedente o pedido para rescindir o acórdão rescindendo. Foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados, daí o recurso especial cujo seguimento foi negado.

A requerente sustenta que a decisão que inadmitiu o apelo nobre fundamentou-se no fato de que a questão de fundo debatida no acórdão impugnado estaria em sintonia com julgados deste STJ. Contudo, o recurso especial suscita outras questões não analisadas, dentre elas, o não cabimento da ação rescisória por violação do art. 485, V, do CPC, a incidência do verbete n. 343 da Súmula do STF, a inexistência de violação dos arts. 146 e 150 da Constituição Federal e a negativa de prestação jurisdicional (arts. 131, 458, II, 535, do CPC). Defende a plausibilidade de tais alegações.

Afirma, ainda, que o *periculum in mora* consiste no início do procedimento de cobrança pela requerida, conforme Carta de Cobrança n. 54/11 (doc. II), emitida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília. Aduz que 'o referido documento trata de cobrança relativa à COFINS nos anos de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, sob pena de encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva exatamente do período objeto da decisão transitada em julgado' (fl. 11).

A empresa assevera, por fim, que a 'soma dos valores ora cobrados indevidamente alcança elevado vulto, sendo a cobrança atentatória',



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive, ao seu funcionamento.

É o breve relatório.

Decido.

Tenho por não configurados, na hipótese, os requisitos para a concessão da medida urgente requerida.

Não se evidencia da análise dos autos a plausibilidade do direito vindicado.

Com efeito, o aresto hostilizado, no mérito, está em harmonia com a jurisprudência do STJ e do STF, consoante bem anotou o juízo primeiro negativo de admissibilidade.

No que tange aos óbices apontados quanto ao cabimento da ação rescisória, estes foram rechaçados pelo Tribunal de origem, não se fazendo evidente o desacerto do aresto nesse aspecto.

O mesmo ocorre em relação à afirmativa de ausência de prestação jurisdicional, pois os questionamentos postos no embargos de declaração, ao que parece nesta análise perfunctória, foram dirimidos de forma motivada por ocasião do seu julgamento.

Observo, por fim, que não há nos autos comprovação de que as decisões que inadmitiram os recursos especial e extraordinário na origem foram impugnadas, não havendo registro da interposição de agravo.

Diante disso, indefiro o pedido de liminar e nego seguimento à cautelar.

Publique-se."

Alega o ora agravante que a ausência de prova da interposição de agravos de instrumento contra as decisões que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário se deu pelo fato de que os agravos foram protocolados "em concomitância com o ajuizamento da presente medida cautelar. Assim, a fim de sanar a exigência, o Agravante junta nesse momento os referidos comprovantes" (fl. 373).

Sobre a ofensa aos artigos 131, 458 e 535 do Código de Processo Civil, diz que "a ação rescisória fundou-se em alegações de violação aos artigos 97, 146, 195, I, e 150, § 6º, TODOS da Constituição Federal, no entanto, nem a ação rescisória, nem o acórdão recorrido, apontaram violação aos dispositivos utilizados pelo aresto rescindido, quais sejam: LC 70/91, ao Decreto-Lei nº 2.397/87 e à Lei Ordinária nº 9.430/96" (fl. 374).

Reitera o agravante, ainda, o argumento de afronta ao art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, tendo em vista que, "para atender à pretensão rescisória [...], ter-se-ia antes" que "verificar se houve violação à LC nº 70/91, ao Decreto-Lei nº 2.397/87 e à Lei Ordinária nº 9.430/96", os quais serviram de fundamento para o acórdão rescindendo. Entretanto a autora da ação rescisória não suscitou os referidos diplomas.

Invoca, igualmente, o enunciado n. 343 da Súmula/STF porque, "ao tempo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão rescindenda, a matéria era controvertida, e mesmo quando da propositura da rescisória (em 20/11/2007), ainda não havia o Supremo Tribunal prolatado o acórdão que alterou a jurisprudência consolidada pelo enunciado sumular desse Superior Tribunal de Justiça" (fl. 375). Ademais, o acórdão rescindendo decidiu com fundamento em norma infraconstitucional.

Sustenta que, ao afirmar que o acórdão atacado estaria em harmonia com a jurisprudência do STJ e do STF, "a decisão agravada desconsidera as peculiaridades do caso, qual seja, tratar-se de ação rescisória, circunstância essa que afasta a questão de fundo como fundamento essencial para a procedência da ação, pois necessário se faz preservar a segurança jurídica decorrente da coisa julgada" (fls. 376-377).

Aduz que o Supremo Tribunal Federal admitiu a repercussão geral da matéria no RE n. 575.093 e que "esse colendo Superior Tribunal de Justiça afirmou que novo entendimento daquele Tribunal não altera decisão já transitada em julgado" (fl. 378).

Pede o provimento do agravo regimental, concedendo-se "efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelo Agravante, suspendendo-se todos os efeitos do acórdão proferido na ação rescisória nº 2007.01.00.053613-6 pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, até o julgamento final do recurso especial" (fl. 382) pelo Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 17.796 - DF (2011/0039549-4)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* E DO *FUMUS BONI IURIS*.

– A simples prática de atos pela Fazenda Pública no sentido de cobrar administrativamente crédito tributário e o eventual ajuizamento de execução fiscal, por si, não acarretam dano irreparável ou de difícil reparação.

– Estando o julgado do Tribunal de origem assentado em precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, afasta-se o *fumus boni iuris*.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

O presente agravo regimental não merece prosperar, tendo em vista que os requisitos necessários ao deferimento da cautelar não estão presentes.

Em primeiro lugar, a petição inicial afirma que "*o periculum in mora* consiste no início do procedimento de cobrança pela Requerida, do período objeto da decisão transitada em julgado, conforme Carta de Cobrança nº 54/11 (doc. II), emitida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília ao Requerente" (fl. 11). Acrescenta que "o referido documento trata de cobrança relativa à COFINS nos anos de 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, sob pena de encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva, exatamente do período objeto da decisão transitada em julgado" (fl. 11).

Ocorre que a simples prática de atos pela Fazenda Pública no sentido de cobrar administrativamente crédito tributário e o eventual ajuizamento de execução fiscal, por si, não acarretam dano irreparável ou de difícil reparação, na linha dos seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NA INVIABILIDADE DO INCIDENTE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, PORQUANTO NECESSÁRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DILAÇÃO PROBATÓRIA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA A PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. MERA EXIGÊNCIA DO TRIBUTO QUE NÃO CARACTERIZA DANO IRREPARÁVEL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES ESPECÍFICOS.

1. Afastada, em princípio, a probabilidade de êxito do recurso especial, não há falar *fumus boni iuris*.

2. Além disso, não ficou caracterizado o *periculum in mora*, pois a mera exigibilidade do tributo não caracteriza dano irreparável, tendo em vista a existência de mecanismos aptos a ensejar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tanto na via administrativa quanto em sede de execução fiscal.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg na MC 17.677/RJ, Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 31.3.2011).

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS CUMULATIVOS INDISPENSÁVEIS: RELEVÂNCIA DAS ALEGAÇÕES E RISCO IMINENTE DE DANO IRREPARÁVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE. ARRENDAMENTO MERCANTIL.

1. A matéria trazida no recurso especial foi decidida no acórdão recorrido por fundamentos de natureza constitucional, não se configurando, por isso mesmo, a verossimilhança do direito alegado.

2. No atual quadro normativo, a execução fiscal supõe prévia formação do título executivo, mediante procedimento administrativo em que se assegura o contraditório, no âmbito do qual se promove a constituição do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa. Ademais, a própria execução fiscal comporta embargos do devedor com efeito suspensivo, se for o caso (CPC, art. 739-A, § 1º). Há ainda, na legislação, à disposição do contribuinte, instrumentos específicos para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nomeadamente o do depósito do valor questionado (CTN, art. 151, inc. II). Tudo isso evidencia a inexistência de risco iminente de dano irreparável a justificar a excepcional medida aqui requerida.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg na MC 13.249/SP, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 25.10.2007).

"MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS – ANO-BASE 1989. INCLUSÃO NO CADIN. AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. *PERICULUM IN MORA*. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A concessão de provimentos de natureza cautelar para conferir efeito suspensivo (ou suspensivo ativo) a recursos de competência dos Tribunais Superiores demanda que o requerente faça prova conjunta de três requisitos: (a) a viabilidade do recurso a que se pretende conferir efeito suspensivo; (b) a plausibilidade jurídica da pretensão invocada; e (c) a urgência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do provimento.

2. No que tange à 'urgência do provimento', a parte requerente deve demonstrar e convencer que a situação de urgência é de tal monta que, caso não seja concedido o efeito suspensivo, corre-se o risco de perecimento da utilidade do provimento final que vier a ser concedido.

3. No caso, as razões apresentadas – iminente inscrição no Cadin e possibilidade de ajuizamento de execução fiscal – não comprovam o risco de lesão grave e de difícil reparação.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg na MC 15.902/SP, Ministro Castro Meira, DJe de 1º.10.2009).

"Agravo regimental. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Agravo de instrumento. Agravo de instrumento. Recurso especial não admitido. Execução.

1. Não caracteriza o **periculum in mora**, por si só, o início da execução antes do julgamento do agravo de instrumento apresentado contra a negativa de seguimento do recurso especial. Mera suposição sobre que bens serão penhorados não revela perigo de dano irreparável.

2. Agravo regimental desprovido" (AgRg na MC 12.657/SP, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 25.6.2007).

A ausência do perigo de dano irreparável já é suficiente para indeferir a medida urgente. Mas não é só, tendo em vista a efetiva descaracterização, também, do *fumus boni iuris*.

O acórdão recorrido, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, está assentado na jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, tendo-se exarado a seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO – AÇÃO RESCISÓRIA – CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL–COFINS – SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSÃO REGULAMENTADA – ISENÇÃO – LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 (ART. 6º, II) – REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 9.430/96 DECLARADA CONSTITUCIONAL – MATÉRIA JULGADA, DEFINITIVAMENTE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE A SUBMETEU À REPERCUSSÃO GERAL NOS TERMOS DO ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SÚMULA Nº 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL – INAPLICABILIDADE – PEDIDO PROCEDENTE.

a) Recurso – Ação Rescisória.

b) Decisão de origem – Deu provimento a recurso de Apelação da empresa para declarar que a Lei nº 9.430/96 não poderia ter revogado a isenção da Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social–COFINS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedida pela Lei Complementar nº 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços de profissão regulamentada.

1 – Versando a questão discutida no acórdão rescindendo revogação, por Lei Ordinária, de isenção da Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social–COFINS, estabelecida pela Lei Complementar nº 70/91, matéria de natureza constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, inaplicável sua Súmula nº 343.

2 – Decidido, definitivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 543-B (Repercussão Geral) do Código de Processo Civil, que 'o Plenário, apreciando os Recursos Extraordinários nº 377.457-3/PR e 381.964-0/MG, concluiu mostrar-se legítima a revogação, mediante o artigo 56 da Lei nº 9.430/96, da isenção da Contribuição Para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS relativa às sociedades de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, estabelecida no artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91', improcede a impugnação à revogação da referida isenção pela Lei nº 9.430/96. (AGRG no RE nº 466.649/PR – Rel. Min. Marco Aurélio – STF – Primeira Turma – Julgamento 09/6/2009.)

3 – Pedido procedente.

4 – Apelação denegada em novo julgamento da causa.

5 – Sentença de improcedência do pedido confirmada" (fls. 255-256).

Sobre o tema, a Primeira Seção cancelou o enunciado n. 276 da Súmula desta Corte, na sessão de 12.11.2008, ao julgar a Ação Rescisória n. 3.761/PR, da relatoria da em. Ministra Eliana Calmon, estando o acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AÇÃO RESCISÓRIA – CABIMENTO – VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF/88: SÚMULA VINCULANTE 10/STF – SÚMULA 343/STF: INAPLICABILIDADE – COFINS – ISENÇÃO CONCEDIDA PELA LC 70/91 – REVOGAÇÃO PELA LEI 9.430/96 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO.

1. A ação rescisória não se presta a rever regra técnica relacionada com a admissibilidade de recurso especial.

2. Violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF.

3. À época em que prolatado o aresto rescindendo, era controvertida a interpretação desta Corte em relação à legitimidade da revogação da isenção da COFINS.

4. Orientação firmada neste Tribunal no sentido de que a incidência da Súmula 343/STF deve ser afastada nos casos em que a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional.

5. O tema relativo à possibilidade de revogação, por lei ordinária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Lei 9.430/96), da isenção da COFINS concedida às sociedades civis pela LC 70/91 não há de ser resolvido em âmbito infraconstitucional, segundo precedentes do STF.

6. Ação rescisória julgada procedente" (DJe de 1º.12.2008).

Atualmente, portanto, a Primeira e a Segunda Turmas desta Corte, consolidaram a orientação de que "a isenção da Cofins para as sociedades civis de prestação de serviços profissionais não encontra amparo legal ou jurisprudencial" (AgRg no AI 1.375.593/RJ, Ministro Herman Benjamin, DJe de 10.5.2011, e AgRg no AI 1.152.369/SP, Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 16.4.2010).

Com isso, as alegações trazidas no presente agravo regimental relativas à coisa julgada, ao cabimento da rescisória e ao mérito da demanda não são suficientes para caracterizar a fumaça do bom direito.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0039549-4

AgRg na
MC 17.796 / DF

Números Origem: 200434000006819 200701000536136

PAUTA: 09/08/2011

JULGADO: 09/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : HOB - HOSPITAL OFTALMOLÓGICO DE BRASÍLIA S/C LTDA
ADVOGADO : JOSÉ SARAIVA
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : HOB - HOSPITAL OFTALMOLÓGICO DE BRASÍLIA S/C LTDA
ADVOGADO : JOSÉ SARAIVA
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.