PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 2.121 - SP (2019/0164283-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
REQUERENTE : MAK RENT PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADOS : RICARDO LACAZ MARTINS - SP113694
LIÈGE SCHROEDER DE FREITAS ARAÚJO - SP208408
ELAYNE LOPES LOURENCO MUSTEFAGA E OUTRO(S) - DF028478
REQUERIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

DECISÃO

(LIMINAR DEFERIDA)

TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL QUE OBJETIVA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA.

1. Trata-se de Tutela Provisória Incidental requerida por MAK RENT PARTICIPAÇÕES LTDA., objetivando a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial interposto contra acórdão proferido pelo TJ/SP, assim ementado:

> *AGRAVO INTERNO Decisão monocrática que nega seguimento a recurso especial.*
>
> *- A ocorrência da prescrição, com aplicação da Súmula 106 do STJ é idêntica à matéria tratada nos autos do Resp. n. 1.102.431/RJ, julgado sob a égide do rito de casos repetitivos.*
>
> *Nega-se provimento ao recurso.* (fls. 589).

2. Em suas razões, a parte requerente discorre, em preliminar, a violação dos arts. 489 e 1.022, II do Código Fux diante da negativa de prestação jurisprudencial, visto que, não obstante a interposição de aclaratórios, o Tribunal de origem deixou de apreciar questões essenciais ao deslinde da controvérsia.

3. No mérito, defende a violação dos arts. 156, V e 174,

parág. único, I do CTN, art. 219, parágrafo §§ 1o. e 2o., do CPC/1973, sob o argumento de que deve ser declarada a prescrição do crédito tributário diante da desídia do Ente Fazendário em dar prosseguimento ao feito.

4. Requer o deferimento da tutela provisória para atribuir efeito ativo ao Recurso Especial, a fim de que seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, asseverando que o risco da demora consiste no prosseguimento de atos constritivos e executórios de seu patrimônio.

5. É o breve relatório.

6. Segundo disposto no art. 300 do Código Fux, a tutela provisória de urgência poderá ser concedida quando houver elementos que caracterizem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A propósito, veja-se a redação do dispositivo:

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *§ 1o. - Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*
>
> *§ 2o. - A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*
>
> *§ 3o. - A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

7. Por sua vez, o art. 995, parágrafo único do Código Fux preceitua que, em regra, os recursos não são dotados de efeito suspensivo. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator se, da imediata produção de

seus efeitos, houver risco de dano grave ou de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

8. A propósito eis o entendimento desta Corte:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM TUTELA DE URGÊNCIA - PRETENSÃO VOLTADA À ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM, A SER REMETIDO A ESTA CORTE NA FORMA DE ARESP - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA - AUSENTES OS REQUISITOS DO FUMUS BONI JURIS E DECISÃO TERATOLÓGICA OU CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE - FORTE PROBABILIDADE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA RECURSAL DOS REQUERENTES.

1. A concessão da medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso inadmitido na origem é excepcional e pressupõe a aferição da existência de decisão teratológica ou manifestamente contrária à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, somada à demonstração dos requisitos da viabilidade do apelo nobre e plausibilidade do direito invocado, e do perigo da demora.

2. A probabilidade de negativa de seguimento do recurso especial demonstra a ausência do fumus boni iuris, requisito imprescindível ao deferimento da tutela de urgência.

3. Não se tratando de decisão teratológica ou manifestamente contrária à jurisprudência desta Corte, bem assim ausente a demonstração da plausibilidade do direito invocado, requisito imprescindível ao cabimento da pretensão cautelar, impõe-se o seu indeferimento.

4. Agravo interno desprovido (AgInt nos EDcl na Pet 11.773/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 17.8.2017).

2 2 2

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA

DO STJ (ART. 1.029, § 5º, I, DO CPC/2015). TUTELA DE URGÊNCIA. EXIGÊNCIA DA PRESENÇA CUMULATIVA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS. HIPÓTESE EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR E DA PRÓPRIA TUTELA DE URGÊNCIA.

1. A orientação consolidada desta Corte Superior é no sentido de que a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial deve satisfazer cumulativamente os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, além da prévia admissão do recurso especial pela Corte de origem. A ausência de qualquer dos requisitos referidos obsta a pretensão cautelar.

2. Na hipótese examinada, embora o recurso especial tenha sido admitido pelo Tribunal de origem, não foi demonstrada, ainda que em sede de cognição sumária, a presença do fumus boni iuris.

3. Não há falar em violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973 quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

4. Não houve apreciação pelo Tribunal de origem sobre os dispositivos legais supostamente violados (arts. 1º, 2º e 6º da LICC) o que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282/STF e 211/STJ.5. A simples leitura do acórdão recorrido permite afirmar que a Corte a quo consignou expressamente que o conjunto probatório colacionado aos autos foi suficiente para o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa. Assim, a alteração de tal entendimento exigiria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

5. Por fim, é necessário consignar que não foi demonstrada nenhuma hipótese de teratologia do acórdão impugnado, o que afasta o cabimento da presente medida cautelar.

6. Agravo interno não provido. (AgInt na Pet 11.541/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma,

julgado em 6.10.2016, DJe 14.10.2016).

9. Frise-se, ainda, que a apreciação das condições da Tutela Provisória, bem como da plausibilidade do direito invocado e da consequente viabilidade da medida de urgência, está intrinsecamente vinculada à possibilidade de êxito do recurso, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de seu êxito.

10. Depreende-se dos autos que, apesar da argumentação da decisão que indeferiu o processamento do Apelo Nobre no juízo prévio de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem quanto à aplicabilidade da Súmula 7/STJ à espécie, impõe-se observar que o Recurso Especial dedicou-se a *tema exclusivamente de direito*, ao discorrer sobre a afronta aos arts. 174, I do CTN e 219 do CPC/1973, defendendo que, no caso, não se questiona a responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais, pois os fatos ocorridos estão devidamente expostas no acórdão recorrido.

11. No mais, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, no julgamento do REsp. 999.901/RS, representativo de controvérsia, realizado em 13.5.2009, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, de que a LC 118/2005, que alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho que ordenar a citação o efeito de interromper a prescrição, por ser norma processual, é aplicada imediatamente aos processos em curso. Eis a ementa do mencionado julgado:

> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPÇÃO. PRECEDENTES.*
>
> *1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.*
>
> *2. O artigo 40 da Lei 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação*

sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.

3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque supra, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4o. do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono sui generis do réu revel citado por edital.

5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

7. É cediço na Corte que a Lei de Execução Fiscal - LEF - prevê em seu art. 8º, III, que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. (Precedentes: RESP 1103050/BA, PRIMEIRA SEÇÃO, rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 06/04/2009; AgRg no REsp 1095316/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 12/03/2009; AgRg no REsp 953.024/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008; REsp 968525/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ. 18.08.2008; REsp 995.155/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ. 24.04.2008; REsp 1059830/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ. 25.08.2008; REsp 1032357/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ. 28.05.2008);

8. In casu, o executivo fiscal foi proposto em 29.08.1995, cujo despacho ordinatório da citação ocorreu anteriormente

> *à vigência da referida Lei Complementar (fls. 80), para a execução dos créditos tributários constituídos em 02/03/1995 (fls. 81), tendo a citação por edital ocorrido em 03.12.1999.*
>
> *9. Destarte, ressoa inequívoca a inocorrência da prescrição relativamente aos lançamentos efetuados em 02/03/1995 (objeto da insurgência especial), porquanto não ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário e a citação editalícia, que consubstancia marco interruptivo da prescrição.*
>
> *10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008* (REsp. 999.901/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 10.6.2009).

12. Na hipótese dos autos, consta do acórdão recorrido que a constituição definitiva do crédito tributário ocorreu em 27.10.2000, sendo a Execução Fiscal ajuizada em 2003, em período anterior à LC 118/2005. Ocorre que o processo permaneceu paralisado por mais de 6 anos, pois somente em agosto de 2010 a parte ora requerente compareceu aos autos, por meio de Exceção de Pré-Executividade, para pleitear a extinção do feito pela prescrição do débito.

13 Inicialmente, entendo assistir razão à parte recorrente quanto à decretação da prescrição intercorrente, notadamente pelo fato de que, após o transcurso de mais de seis anos sem qualquer manifestação da Fazenda Pública, que deixou, inclusive, de providenciar a citação, o próprio executado atuou no feito para postular o reconhecimento do prazo extintivo, a fim de impedir a eternização da demanda.

14. No mais, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação decorre fato de que a parte requerente está sujeita à constrição de seus bens, a fim de garantir a Execução Fiscal.

15. Ante o exposto, defere-se o pedido de tutela postulado por MAK RENT PARTICIPAÇÕES LTDA., para conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial, determinando-se a suspensão da exigibilidade dos débitos executados até a

apreciação definitiva do presente Agravo em Recurso Especial.

16. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR