



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 17.653 - MG (2011/0007720-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
TIAGO CONDE TEIXEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO DA CAUTELAR. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO ADMINISTRATIVO REALIZADO PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO QUE HAVIA SIDO INDEFERIDO ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 166 DO CTN. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. ADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AUTOS DE MS JÁ FINDO. TESES CONTROVERTIDAS. PERIGO DA DEMORA EVIDENTE, ANTE A VULTOSA QUANTIA A SER LEVANTADA. FUMUS BONI JURIS. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. No caso concreto, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais, ora requerente, pela Primeira Turma, para discussão das teses apresentadas no Apelo Raro, entre elas (a) a possibilidade de o contribuinte de direito, em autos de Mandado de Segurança já findo, cuja decisão lhe fora favorável, no sentido da inexistência de relação jurídica que o obrigue a recolher ICMS sobre instalação de linhas telefônica, obter provimento judicial determinando o levantamento do depósito feito na via administrativa para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantamento anteriormente negado na via administrativa; e (b) a legitimidade do contribuinte de direito para reaver referido depósito considerando o repasse do encargo tributário ao contribuinte de fato.

2. Presentes os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, deve ser concedida a medida pleiteada.

3. Não há qualquer contradição no aresto embargado, uma vez suscitada a aplicabilidade do art. 166 do CTN ao caso dos autos pelas razões do Recurso Especial, que serão oportunamente apreciadas pela Primeira Turma, ocasião em que será avaliada a pertinência da argumentação do Estado recorrente.

4. Embargos Declaratórios rejeitados.

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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília/DF, 15 de agosto de 2013 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 17.653 - MG (2011/0007720-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
TIAGO CONDE TEIXEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. TELEMAR NORTE LESTE S/A opõe Embargos Declaratórios apontando contradição no acórdão que deu provimento à presente MEDIDA CAUTELAR para determinar a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pelo TJMG, nos termos da seguinte ementa:

MEDIDA CAUTELAR OBJETIVANDO SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO ADMINISTRATIVO REALIZADO PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PEDIDO QUE HAVIA SIDO INDEFERIDO ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 166 DO CTN. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. ADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AUTOS DE MS JÁ FINDO. TESES CONTROVERTIDAS. PERIGO DA DEMORA EVIDENTE, ANTE A VULTOSA QUANTIA A SER LEVANTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. A apreciação das condições da Ação Cautelar, a plausibilidade do direito invocado e a conseqüente viabilidade do processo cautelar estão intrinsecamente vinculados à possibilidade de êxito do Recurso Especial, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de seu acolhimento, uma vez que, sendo ele inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante na Corte, a admissibilidade do pedido cautelar mostra-se prejudicada.

2. No caso concreto, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais, ora requerente, pela Primeira Turma, para discussão das teses apresentadas no Apelo Raro, entre elas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(a) a possibilidade de o contribuinte de direito, em autos de Mandado de Segurança já findo, cuja decisão lhe fora favorável, no sentido da inexistência de relação jurídica que o obrigue a recolher ICMS sobre instalação de linhas telefônica, obter provimento judicial determinando o levantamento do depósito feito na via administrativa para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantamento anteriormente negado na via administrativa; e (b) a legitimidade do contribuinte de direito para reaver referido depósito considerando o repasse do encargo tributário ao contribuinte de fato.

3. *Assim, presentes os requisitos fumus boni iuris e periculum in mora, deve ser concedida a medida pleiteada.*

4. *Medida Cautelar julgada procedente para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do AI 1.0024.98.113168-3/003, até o julgamento do Recurso Especial respectivo pela Primeira Turma.*

2. Afirma o embargante que o a discussão no Recurso Especial, ao qual esta Cautelar busca conferir efeito suspensivo não tem o condão de volver ao contribuinte de fato os valores depositados administrativamente, uma vez que objetiva, em caráter sucessivo ao pedido de nulidade fundado em violação ao art. 535 do CPC, a reforma da decisão do Magistrado que indeferiu o pleito de levantamento do depósito administrativo pela Empresa Embargante, mantendo-o sob a guarda e disponibilidade do Estado de Minas Gerais.

3. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 17.653 - MG (2011/0007720-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
TIAGO CONDE TEIXEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)

VOTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO DA CAUTELAR. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO QUE DETERMINOU O LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO ADMINISTRATIVO REALIZADO PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO QUE HAVIA SIDO INDEFERIDO ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 166 DO CTN. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATO. ADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AUTOS DE MS JÁ FINDO. TESES CONTROVERTIDAS. PERIGO DA DEMORA EVIDENTE, ANTE A VULTOSA QUANTIA A SER LEVANTADA. FUMUS BONI JURIS. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. *No caso concreto, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais, ora requerente, pela Primeira Turma, para discussão das teses apresentadas no Apelo Raro, entre elas (a) a possibilidade de o contribuinte de direito, em autos de Mandado de Segurança já findo, cuja decisão lhe fora favorável, no sentido da inexistência de relação jurídica que o obrigue a recolher ICMS sobre instalação de linhas telefônica, obter provimento judicial determinando o levantamento do depósito feito na via administrativa para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, levantamento anteriormente negado na via administrativa; e (b) a legitimidade do contribuinte de direito para reaver referido depósito considerando o repasse do encargo tributário ao contribuinte de fato.*

2. *Presentes os requisitos fumus boni iuris e periculum in mora, deve ser concedida a medida pleiteada.*

3. *Não há qualquer contradição no aresto embargado, uma vez suscitada a aplicabilidade do art. 166 do CTN ao caso dos autos pelas razões do Recurso Especial, que serão oportunamente apreciadas pela Primeira Turma, ocasião em que será avaliada a pertinência da argumentação do Estado recorrente.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Embargos Declaratórios rejeitados.

1. Não reconheço a contradição afirmada.

2. O fato é que a Primeira Turma deu provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais para discussão das questões postas no Recurso Especial e, dada a relevância das teses suscitadas e a possibilidade de perda ou esvaziamento do direito, caso o depósito seja levantado por qualquer das partes antes da apreciação daquele recurso, penso que a concessão do efeito suspensivo foi a medida mais adequada ao caso concreto.

3. As razões para o provimento do pedido cautelar foram assim alinhadas, no que interessa:

1. *Entendo que deve ser julgado procedente o pedido cautelar, para o fim de suspender os efeitos do acórdão impugnado adversado por meio do Recurso Especial pelo Estado de Minas Gerais, inclusive tendo em vista o provimento do Agravo de Instrumento tirado contra a decisão que negara seguimento ao Apelo Nobre, o que reforça a presença do fumus boni iuris.*

2. *Ao meu sentir, permanecem hígidos os fundamentos adotados pelo então Vice-Presidente, Ministro FELIX FISCHER, agora corroborados pela decisão que deu provimento ao Agravo de Instrumento do Estado de Minas Gerais para fins de submissão do Recurso Especial ao crivo da Primeira Turma desta Corte, que melhor apreciará a questão.*

3. *Sua Excelência manifestou-se nos seguintes termos:*

Na espécie, entendo que estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento liminar, já que vislumbro, na análise preliminar que esta quadra processual admite, a plausibilidade do direito invocado, conjugado com a urgência do provimento desejado, bem como a necessidade de se preservar a eficácia de ulterior decisão.

Relativamente à fumaça do bom direito, destaco a controvérsia veiculada nos autos sobre o levantamento, em sede mandamental, de valores depositados administrativamente pela requerida, para os fins do disposto no artigo 151, inciso II, do CTN. Em exame perfunctório, poderia se questionar a competência do e.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça mineiro para autorizar, na via de mandado de segurança já transitado em julgado, a restituição de depósitos efetuados no âmbito administrativo em favor do requerente.

Tenho, também, por relevante, a questão atinente à juridicidade do levantamento dos mencionados depósitos, frente a suscitada hipótese de que o pagamento dos impostos questionados teriam sido realizados pelos próprios tomadores dos serviços de telefonia (atuando a empresa requerida como mera repassadora desses recursos).

Nessa linha, entendo trata-se de temas cujo teor mereceria um exame mais acurado, na via dos procedimentos principais, situação que, aliada ao evidente perigo da demora (levantamento de vultosa monta), recomenda a sustação dos efeitos do v. acórdão impugnado até o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.365.535/MG e do recurso especial a ele vinculado, se for o caso.

Ante o exposto, defiro a liminar nos termos em que requerida, para suspender os efeitos do v. acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.98.113168-3/003.

4. A apreciação das condições da Ação Cautelar, a plausibilidade do direito invocado e a conseqüente viabilidade do processo cautelar estão intrinsecamente vinculados à possibilidade de êxito do Recurso Especial, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de seu acolhimento, uma vez que, sendo ele inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante na Corte, a admissibilidade do pedido cautelar mostra-se prejudicada.

5. No caso concreto, tendo em vista o provimento do Agravo de Instrumento pela Primeira Turma, que ficou sensibilizada com a tese de que, na situação em apreço, apenas o contribuinte de fato teria o direito à restituição da quantia depositada, porque repassado o encargo de ICMS pelo contribuinte de direito, entendo que estão presentes os pressupostos autorizadores da medida.

6. Ademais, presente questão processual das mais importantes, qual seja, a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento contra decisão proferida em processo já findo.

7. Ante o exposto, julgo procedente o pedido cautelar, para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos do AI 1.0024.98.113168-3/003, até o julgamento do Recurso Especial pela Primeira Turma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ao contrário do que afirma a Embargante, consta do Recurso Especial questão referente à aplicabilidade do art. 166 do CTN à hipótese em discussão, sendo certo que a pertinência da argumentação e a consequência que advirá de eventual e futuro acolhimento da tese recursal será avaliada no momento processual oportuno.

5. Ante o exposto, ausente a contradição suscitada, rejeitam-se os Embargos.

6. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0007720-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no AgRg na MC 17.653 / MG**

Números Origem: 10024981131683 201001877136 24981131683

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)
REQUERIDO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
TIAGO CONDE TEIXEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MARCELO PÁDUA CAVALCANTI E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.