

Mandado de segurança - Exigibilidade do crédito tributário - Afastamento - Depósito administrativo para a suspensão desta - Decisão concessiva da segurança - Trânsito em julgado - Pedido de levantamento dos valores depositados - Indeferimento na via administrativa - Novo pedido no bojo do mandado de segurança - Via judicial - Possibilidade - Art. 213 da Lei nº 6763/75

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança visando a afastar a exigibilidade do crédito tributário. Depósito administrativo para a suspensão desta. Decisão concessiva da segurança já transitada em julgado. Pedido de levantamento dos valores depositados indeferido na via administrativa. Novo pedido no bojo do mandado de segurança. Via judicial. Possibilidade. Art. 213 da Lei nº 6.763/75.

- Conforme disposição legal contida no art. 213 da Lei nº 6.763/75, se obtida a segurança e ocorrido o trânsito em julgado da decisão que a concedeu, deve ser garantida a restituição das quantias depositadas administrativamente ao depositante, por não se tratar das hipóteses que ensejam óbice ao deferimento na esfera administrativa, cujas disposições estão contidas no art. 166 do Código Tributário Nacional.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.98.113168-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Telemar Norte Leste S.A. - Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Autoridade Coatora: Superintendente da Receita do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a presidência do Des. Alberto Vilas Boas, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de março de 2010. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentação oral, pela agravada, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti e, pela agravante, o Dr. Luís Henrique Costa Pires.

DES. GERALDO AUGUSTO - Senhor Presidente.
Diante de questões de fato que preciso novamente

examinar, peço adiamento do julgamento, com vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pela agravante e pela agravada, respectivamente, os Drs. Lauro Bracarense Filho e Amélia Fonseca.

DES. EDUARDO ANDRADE (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.11.2009, a pedido do Relator, após sustentação oral. Com a palavra o Des. Geraldo Augusto.

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Agrava-se da decisão de f. 230-TJMG que, nos autos do mandado de segurança impetrado pela agravante em face do agravado, indeferiu o requerimento desta, f. 223/228, que visava à expedição de ofício ao Subsecretário da Receita Estadual, para que fossem tomadas providências para o levantamento integral dos depósitos administrativos realizados e vinculados ao presente feito.

Irresignada, visando à reforma da decisão de origem, interpôs recurso de agravo de instrumento, apresentando razões, em síntese, no sentido de que é possível o levantamento dos depósitos administrativos de imediato e de plano, uma vez que já obtida a segurança pleiteada, cuja decisão transitou em julgado, não havendo nenhum impedimento ou condição a ser cumprida para o resgate dos valores depositados.

Contraminuta, em resumo, apenas requerendo que seja negado provimento ao recurso (f. 241/251-TJ).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça junto a esta Câmara, pelo desprovimento do recurso aviado (f. 318/323-TJ).

Este é o breve relatório.

Examina-se o recurso.

Primeiramente, insta destacar que a pretensão trazida por meio do mandado de segurança visava a afastar a exigibilidade do ICMS sobre os serviços de instalação das linhas telefônicas, porquanto consistem apenas em procedimento preparatório para a prestação do serviço de telefonia.

Ao que consta dos autos, conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi concedida a segurança, reconhecendo a inexigibilidade do tributo acima referido, nas operações destacadas pela ora agravante, mormente as de instalação da linha telefônica.

Por outra via, sabe-se que é facultado ao contribuinte, durante a tramitação do processo tributário-administrativo, garantir a execução do crédito tributário

através do depósito administrativo dos valores questionados, conforme disposição legal contida no art. 212 da Lei 6.763/75.

Assim, uma vez reconhecida a impossibilidade de se exigir o tributo em relação àquelas operações, não há que se impor óbice à devolução, ao depositante, dos valores imobilizados tão somente com o fim de suspender a exigibilidade tributária daquele período.

Verifica-se, ainda, que o pedido aviado anteriormente na esfera administrativa, embora se alegue não ter sido indeferido, implicou óbice ao seu deferimento, porquanto foram impostas as condições previstas no art. 166 do Código Tributário Nacional, que não se enquadram na hipótese dos autos.

Isso porque não se trata aqui de restituição de tributo, o que deveria ser pleiteado na via própria de repetição de indébito, mas, sim, de devolução de depósito efetuado na seara administrativa, cujo permissivo legal é encontrado no art. 213 da Lei 6.763/75, que dispõe:

Art. 213 - Após a decisão irrecurável na esfera administrativa, poderá o contribuinte optar pela compensação entre o valor depositado, se indevido, ou a diferença, se excessiva, e o valor de tributo da mesma espécie, ou pelo pedido de restituição.

Parágrafo único - Em ambas as hipóteses, a devolução ocorrerá no prazo máximo de trinta dias úteis, contado da data do requerimento de restituição, e sobre o valor a ser devolvido incidirão juros, à mesma taxa incidente sobre os créditos tributários em atraso, calculados da data do depósito até o mês anterior ao da efetiva devolução.

Ora, há de ser salientado, ainda, que, se a decisão administrativa irrecurável, que reconhece por indevida a exigência tributária, tem o condão de autorizar a devolução dos depósitos efetuados, não há como deixar de atribuir tal qualidade à decisão judicial que também assim o faz, merecendo, pelo menos nesse ponto, consideração e efeito semelhantes.

A assertiva encontra amparo na melhor e atual doutrina processual a respeito:

[...] Na exata medida em que o Judiciário reconhece determinado direito para alguém - para recuperar a hipótese de trabalho, a não incidência de determinado tributo - isto, por si só, tem o condão de revelar que aquela relação jurídica tributária nunca existiu. Nem antes, nem durante, nem depois da investida jurisdicional, aqui, a impetração do mandado de segurança pelo contribuinte. Enquanto aquela decisão jurisdicional estiver submetida ao manto da coisa julgada, enquanto não houver qualquer alteração de fato ou de direito na relação jurídica tributária existente entre o contribuinte e o Fisco, aquela declaração - por si só, é importante enfatizar - não só afasta a exação tributária no momento presente e no futuro, mas também viabiliza a recuperação do indébito, isto é, daquilo que foi pago a maior no passado, p.ex., antes da impetração. Isto porque a lei - e é esta a linha doutrinária que vem preponderando - criou um novo título executivo judicial; um título que reconhece efeitos con-

denatórios a partir de uma declaração (de um reconhecimento) jurisdicional.

O não reconhecimento da relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco, contudo, é medida mais do que suficiente para embasar as considerações até aqui desenvolvidas. É que o reconhecimento (a declaração) de inexistência de relação jurídica tributária é, nos termos do inciso I do art. 475-N, medida suficiente para reconhecer a ilicitude da exigência da cobrança tributária. A decisão que assim seja proferida tem o condão suficiente de declarar a certeza de que o tributo questionado nunca foi devido nas operações questionadas em juízo. Trata-se, na letra da própria lei, de 'uma sentença que reconhece a obrigação de não-fazer' (de não-tributar) por parte do Fisco. É esta a característica, aliás, que sempre marcou o mandado de segurança impetrado em situações como estas. Este 'não-fazer', vale enfatizar o ponto, não desperta e nunca despertou qualquer questionamento ou dúvida. O que vale trazer à tona, bem diferentemente, é o que está além deste 'não-fazer' a partir da mesma 'declaração', isto é, a partir do mesmo reconhecimento jurisdicional de que o contribuinte não deve recolher o tributo que questiona em juízo. ...'. (Cássio Scarpinella Bueno. *Sentenças concessivas de Mandado de Segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais* - (Execução e Fazenda Pública) - Execução Civil. Ed. Revista dos Tribunais, 1. ed., p. 329/330.)

E, também:

O contribuinte vencedor tem o direito de se comportar, em relação ao Fisco, em conformidade com o que consta da decisão precedente, não 'precisando', ou, mais precisamente 'não devendo e nem podendo ir à Justiça' para que esse direito subjetivo e adquirido possa vir a ser realidade, pois ele já o é com a sentença. E isto justamente porque tal direito - definição de sua relação jurídica com o Fisco - já está definido imutavelmente [...]. O que é importante estabelecer é que, conquanto se aluda ou se refira a função jurisdicional como declarativa, necessário é clarificar o verdadeiro sentido dessa expressão. Em verdade, quando se diz que a função jurisdicional é declarativa (e, ainda quando o seja meramente declaratória), o que se quer dizer é que, por excelência, o ato jurisdicional é prescricional. Esta colocação teórica, correta, explica satisfatoriamente 'como', 'em que medida', e 'por que' a sentença declaratória produz efeitos jurídicos mais sensíveis do que normalmente ou desavisadamente se pensa. (Arruda Alvim. *Tratado de Direito Processual Civil*. v. 1, p. 428-429 - e também anotação na citação acima.)

Por fim, repita-se que - não obstante tenha sido realizado o depósito na esfera administrativa - nada impede, quer por disposição legal expressa, quer pela consideração dos princípios da celeridade e instrumentalidade processuais, que o pedido de expedição de ofício à autoridade fazendária, para o levantamento dos depósitos realizados, seja deferido.

Com tais razões, dá-se provimento ao agravo, reformando a decisão agravada, para que o MM. Juiz de Direito a quo determine seja oficiado ao impetrado, ora agravado, para restituir os valores depositados pela agravante, com as correções, na forma legal.

DES. ARMANDO FREIRE - Senhor Presidente.
Registro o recebimento de memoriais.
Acompanho o Relator.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O SEGUNDO VOGAL, APÓS VOTAREM O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL DANDO PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Lauro Bracarense Filho.

DES. ALBERTO VILAS BOAS (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.11.2009, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na Sessão do dia 9.2.2010, a meu pedido, após votarem o Relator e o Primeiro Vogal dando provimento ao recurso.

O meu voto é o seguinte.

Solicitei vista dos autos em face da sustentação oral realizada em favor da Fazenda Pública Estadual e, após examinar os autos, convenço-me de que a pretensão recursal deve ser acolhida.

Com efeito, a circunstância de não haver sido realizado o depósito judicial dos valores relativos ao ICMS sobre a instalação de linhas telefônicas e serviços similares não implica dizer que tenha a agravada que obrigar a agravante a ajuizar ação ordinária para tornar autoexecutável, de forma plena, o comando da decisão concessiva da segurança oriunda do Superior Tribunal de Justiça.

Por certo, o depósito administrativo do tributo, que posteriormente se considerou não devido, em tudo se assemelha àquele de natureza judicial, e a Fazenda Pública Estadual, ciente da inexigibilidade do tributo, não pode impor restrições ao seu levantamento imediato.

Dentro desta perspectiva, a recusa do Estado de Minas Gerais lesa o postulado da boa-fé objetiva, na medida em que a conduta da recorrente em efetuar periodicamente o depósito do imposto revelou sua confiança em reaver as quantias colocadas à disposição do Fisco, que dele fez uso a tempo e modo.

Logo, a conduta estatal consistente em negar-se a devolver os valores depositados não pode violar essa legítima expectativa que tinha a recorrente de incorporar ao seu patrimônio os valores do tributo que se revelou indevido.

Ora, se a legislação estadual estabelece como viável o depósito administrativo para suspender a exigibilidade do crédito tributário, não é aceitável que a administração se recuse a devolvê-lo e, assim, possa abalar a confiança que o administrado projeta sobre os atos administrativos a serem praticados pelo administrador.

Não socorre à agravada a argumentação segundo a qual a devolução seria incabível, em razão de não

haver sido apresentada a prova de ausência de repercussão do tributo sobre o consumidor final, a teor do que alude o art. 166, CTN.

Consoante se observa da petição recursal, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - aplicável, por simetria, ao depósito administrativo - que o art. 166, CTN, não incide quando se objetiva reaver quantia depositada judicialmente. A aludida regra somente pode ser invocada quando o contribuinte objetiva repetir o indébito, situação não caracterizada nos autos.

Fundado nestas razões, acompanho o Relator e dou provimento ao recurso para determinar, como consequência lógica da decisão concessiva da segurança, que sejam devolvidos à recorrente os valores depositados na via administrativa.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.