

PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - POSSIBILIDADE - REQUISITOS

- 1. A medida cautelar de competência originária do STJ tem como finalidade dar efeito suspensivo a recurso especial interposto, se caracterizados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.
- 2. Compete ao Tribunal de origem a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade. Incidência dos Verbetes Sumulares nºs 634 e 635 do STF (Súmula 634 - “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem” ; Súmula 635 - “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”).
- 3. Em casos excepcionais, o eg. STJ tem deferido efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior, em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.
- 4. *In casu*, o *fumus boni iuris* a amparar a tese da requerente consubstancia-se a toda evidência na jurisprudência dominante deste eg. Tribunal, em vista do julgamento do EREsp 456.650, no qual a colenda Primeira Seção externou entendimento pela não-incidência do ICMS sobre serviços de provedores de acesso à Internet.
- 5. Outrossim, o *periculum in mora* reside no fato de que o aparelhamento para emitir notas fiscais para tributo considerado inexigível pelo eg. STJ impõe o dispêndio injusto de vultosa soma, consoante descrito na inicial.

- 6. Deveras, a desnecessidade de emissão de notas fiscais não alcança eventuais atividades que escapem à de provedoria da internet, sujeitando-se a requerente, quanto a essas, à investida da Administração Tributária.

- 7. Medida cautelar deferida.

MEDIDA CAUTELAR Nº 10.388-SP - Relator: Ministro LUIZ FUX

Requerente: Universo Online S.A.
Advogados: Marcos Joaquim Gonçalves Alves e outros. Requerida: Fazenda do Estado de São Paulo. Procuradores: Sônia Maria de Oliveira Pirajá e outros.

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, deferir a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 2 de fevereiro de 2006 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Presidente e Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) - Trata-se de medida cautelar proposta por Universo Online S.A. visando a conferir efeito suspensivo a acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narra a autora haver ajuizado medida cautelar perante a 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo visando à concessão de medida liminar que lhe assegurasse o direito de não sofrer atos de constrição por parte do Fisco estadual, em razão de deixar de emitir, imprimir e postar notas fiscais de serviços de comunicação a cada um de seus respectivos assinantes.

A liminar foi deferida em primeiro grau, o que ensejou requerimento de suspensão de segurança, concedida pelo eg. Tribunal *a quo*.

Argumenta a ora requerente inexistir, *in casu*, qualquer fundamento que autorize a suspensão de segurança em questão. Assevera, outrossim,

que não pode a requerente aguardar a prolação do acórdão respectivo e a apresentação do competente recurso especial, o qual, ainda será submetido a juízo de admissibilidade, para, então, propor a medida cautelar que ora se ajuíza, uma vez que sofrerá atos de constrição por parte da Administração Fazendária, já que não mais possui o provimento jurisdicional que a autorizava a não cumprir com as obrigações acessórias relativas ao ICMS (f. 04).

Com esses fundamentos, pretende interpor recurso especial.

Assinala que o eg. STJ, por sua colenda Primeira Seção, pacificou o entendimento segundo o qual não incide o ICMS sobre serviços de provedores da internet (EResp 456.650). Conclui que, “se este eg. Tribunal entendeu por bem que não incide ICMS sobre atividade de provimento de acesso à internet (obrigação principal), não há que se falar em obrigação acessória.” (f. 06).

Assim, entendendo demonstrados os requisitos autorizadores da concessão da medida, pleiteia o deferimento liminar da cautela, suspendendo-se os efeitos do v. aresto hostilizado.

O pleito liminar, inicialmente indeferido, foi concedido em sede de juízo de retratação.

Regularmente citada, a ora requerida ofereceu contestação, em sede da qual pugna pela extinção do presente feito, ante a existência de

litispendência, porquanto há inúmeras ações intentadas pela empresa ora requerente objetivando o afastamento da cobrança do ICMS sobre os serviços que presta.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux (Relator) -
Assiste razão à requerente.

Consoante manifestação lançada pelo
Ministro José Arnaldo na MC nº 4.275/RS:

O Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, tem conferido efeito suspensivo a recurso que não o tem, com vistas a evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, mesmo que ainda não tenha lançado juízo de sua admissibilidade, em homenagem aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, desde que presentes os pressupostos do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

A orientação jurisprudencial, recentemente, vem-se firmando

no sentido de que somente se mostra possível o exame da cautelar, na Corte, quando já interposto e admitido o recurso no tribunal de origem (STJ - 4ª Turma, Med. Caut. 15/PR - AgRg, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; 3ª Turma, Med. Caut. 522/PB - AgRg, Rel. Min. Costa Leite, in *CPC* - Theotonio Negrão. 30. ed. Nota 3 ao art. 288 do RI/STJ, p. 1691-1692). (MC nº 4.275/RS, DJ de 24.10.2001).

Nesse sentido, confirmam-se, ainda:

AgRMC 6225/MG - Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003/0033166-9 - Fonte: DJ - Data: 13.10.2003, p. 374 - Relator Min. Jorge Scartezini (1113)

Ementa: Processo civil. Administrativo. Medida cautelar. Agravo regimental. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não admitido. Indeferimento liminar do pedido, com sua extinção, sem apreciação do mérito. Art. 267, VI, do CPC. Atribuição do Relator. Art. 34, XVIII, RISTJ. Incompetência do STJ. Inadequação procedimental. Falta de interesse processual. Desprovimento.

- 1 - Conforme entendimento consolidado nesta Turma, na esteira de cultos precedentes do Plenário do Pretório Excelso, a competência para analisar eventual medida cautelar em recurso especial, ainda não admitido pelo Tribunal *a quo*, é do Presidente daquela Corte, e não deste Tribunal Superior. Isto porque, hipoteticamente, poder-se-ia incorrer na esdrúxula situação de ter um recurso não admitido, porém, com efeito suspensivo pleno, já que a não-admissão, por si só, não tem o condão de reformar a concessão da cautelar dada por Tribunal hierarquicamente superior (cf. STF, AGRPet nº 1.189/MG, Rel. Ministro Moreira Alves).

- 2 - Precedentes (STF, MC nº 2.142/MG e STJ, AG. Reg. MC nºs 6.073/RS, 5.413/RS, 5.871/DF e 5.399/SP).

- 3 - Outrossim, consoante art. 34, XVIII, do RISTJ, é atribuição do Relator negar seguimento a pedido, quando manifesta a incompetência deste Colegiado para apreciá-lo. Logo, a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual para agir. Inteligência do art. 267, VI, do CPC.

- 4 - Agravo regimental desprovido.

AgRMC 6403/RJ - Agravo Regimental na Medida Cautelar 2003/0062754-5 - Fonte: DJ - Data: 22.09.2003, p. 3.840 - Relator Min. Hamilton Carvalhido (1112)

Ementa: Agravo regimental. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal *a quo*. Impossibilidade.

- 1. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, perseguida em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal *a quo*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

- 2. Agravo regimental improvido.

Assinale-se que o recurso especial a que se pretende seja conferido efeito suspensivo nem sequer foi interposto, circunstância que atrai a incidência dos recentíssimos Verbetes Sumulares nºs 634 e 635, do STF, *verbis*:

Súmula 634 - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súmula 635 - Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Entretanto, em casos excepcionais, o eg. STJ tem deferido efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, com o escopo de evitar teratologias, ou, ainda, obstar os efeitos de decisão contrária à jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior, em hipóteses em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

In casu, o *fumus boni iuris* a amparar a tese da requerente consubstancia-se a toda evidencia na jurisprudência dominante deste eg. Tribunal, em vista do julgamento do EREsp 456.650, no qual a colenda Primeira Seção externou entendimento pela não-incidência do ICMS sobre serviços de provedores de acesso à internet.

Outrossim, o *periculum in mora* reside no fato de que o aparelhamento para emitir notas fiscais para tributo considerado inexigível pelo eg. STJ impõe o dispêndio injusto de vultosa soma, consoante descrito na inicial. Deveras, a desnecessidade de emissão de notas fiscais

não alcança eventuais atividades que escapem à de provedoria da internet, sujeitando-se a requerente, quanto a essas, à investida da Administração Tributária.

Com essas considerações, defiro a medida cautelar.

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, deferiu a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 2 de fevereiro de 2006. -
Maria do Socorro Melo - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 20.02.2006.)

-:-:-