



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 21.111 - RJ (2013/0174334-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR QUE OBJETIVA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. HOMOLOGAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. AGRAVO REGIMENTAL. PREJUDICIALIDADE.

1. A homologação do pedido de desistência da medida cautelar prejudica a análise de agravo regimental interposto contra decisão que concedeu a liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

2. É manifesta a perda de objeto do presente agravo regimental, bem como do recurso especial interposto.

Agravo regimental prejudicado.

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 "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Humberto Martins e a retificação de voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Assusete Magalhães, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.

Brasília (DF), 22 de abril de 2014(Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 21.111 - RJ (2013/0174334-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão da minha lavra que deferiu a liminar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR QUE VISA A IMPRESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DEFERIMENTO DA LIMINAR."

A agravante alega que:

"Somente em casos excepcionalíssimos o STJ admite a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto ou pendente de análise no órgão ordinário, conforme a jurisprudência externada nas súmulas 634 e 635 do STF para proclamar que compete, dado o estado de coisas do caso concreto em análise, ao Tribunal Regional Federal apreciar pedido de efeito suspensivo ao recurso especial lá ainda encontradiço.

Por tal motivo a presente ação sequer merece ultrapassar a barreira da admissibilidade, aforada que está em Tribunal absolutamente incompetente, o que caracteriza restar ausente um pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo. Com efeito, ajuizada perante o Tribunal ad quem ao tempo em que ainda não havia sido prolatado o Juízo primeiro de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal a quo.

[...]

A suposta excepcionalidade da situação concreta em tela não pode ser aceita ante a mera assertiva de que não se afiguraria razoável permitir que a requerente sofra cobrança, inclusive judicial, de quantia, mesmo que vultosa, porquanto a União é plenamente solvente para futura e incerta obrigação de restituição de indébito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a repercussão econômico-financeira da causa, por si só, não pode implicar ter-se por caracterizado o perigo da demora.

[...]

De efeito, restou definitivamente confirmado pelo STF, no RE 212.209 que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, e dentro dessa operação encontra o valor a título de ICMS. Nessa linha, a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento (receita bruta operacional). Dentro desse faturamento encontram-se os valores que foram pagos à pessoa jurídica pela venda de mercadorias ou pela prestação de serviços."

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, para que se submeta o presente agravo à apreciação da Turma.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da presente medida cautelar, em parecer assim ementado:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PIS E COFINS. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Medida Cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial não admitido na origem. Pedido de medida liminar parcialmente deferido em sede de mandado de segurança para suspender a exigibilidade dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, quanto às receitas oriundas da prestação de serviços de telecomunicações sujeitas ao regime cumulativo da Lei no 9.718/1998. Sentença que concedeu parcialmente a segurança, nos termos da medida liminar, e autorizou a compensação dos valores recolhidos a maior nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação. Acórdão atacado no especial que deu provimento ao recurso de apelação da União Federal e negou provimento à apelação da empresa.

Medida cautelar proposta perante o STJ para conceder efeito suspensivo ao recurso especial. Medida liminar deferida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto, determinando a suspensão da exigibilidade dos créditos de PIS e COFINS discutidos perante a Corte de origem, até o julgamento do referido recurso especial. Os requisitos justificadores para deferimento da medida cautelar são a presença concomitante da plausibilidade do direito alegado e a urgência da prestação jurisdicional.

Dentro daquilo que almeja em relação à suspensão da exigibilidade dos créditos de PIS e COFINS, a Requerente logrou demonstrar a plausibilidade do direito alegado - em razão do resultado do julgamento parcial do STF no RE 240.7851MG sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS - e a urgência da prestação jurisdicional - face a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de autuação da empresa pelo Fisco Federal. Medida cautelar que deve ser deferida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela Requerente." (fls.1874-1875, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 21.111 - RJ (2013/0174334-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. QUE VISA A IMPRESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS.

1. A Requerente, ora agravada, objetiva com a presente medida cautelar atribuir efeito suspensivo a recurso especial aviado contra o aresto do TRF da 2ª Região que reformou a sentença concessiva da ordem no Mandado de Segurança n. 2006.51.01.016708-0, onde se pleiteia a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

2. É, excepcionalmente, cabível a interposição da presente medida cautelar, porquanto se discute questão que, embora perante esta Corte haja jurisprudência pacífica, o STF, por intermédio do RE n. 240.785/MG, vem julgando idêntica questão sob o prisma constitucional, já havendo seis (6) votos favoráveis à tese defendida pela requerente. Precedente: MC 19478/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18.12.2012, DJe 6.2.2013.

3. O objetivo da medida cautelar proposta, na realidade, é evitar a execução provisória do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por isso a jurisprudência desta Corte admite, em circunstâncias excepcionais, a concessão de efeito suspensivo aos recursos de sua competência constitucional (art. 34, V e VI, e 288 do RISTJ). Desse modo, não se mostra razoável que a requerente se submeta à cobrança forçada de crédito tributário, estando demonstrado o *periculum in mora*.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A presente medida cautelar foi ajuizada pela TELEMAR NORTE LESTE S/A objetivando atribuir efeito suspensivo a recurso especial, pendente de exame de admissibilidade, ajuizado contra o aresto do TRF da 2ª Região que reformou a sentença concessiva da ordem no Mandado de Segurança n. 2006.51.01.016708-0, onde se pleiteia a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

Deferi o pedido de liminar, para o fim de determinar a impressão de efeito suspensivo ao recurso especial interposto nos autos do MS n. 2006.51.01.016708-0, determinando, consequentemente, a suspensão da exigibilidade dos débitos de PIS e COFINS discutidos perante a Corte de origem, até o julgamento do referido recurso especial (fls.1817-1822, e-STJ).

Contra essa decisão é que se insurge a União.

Nada a prover, porquanto, em meu sentir, estão presentes os requisitos que autorizam, excepcionalmente, a concessão da medida liminar.

Examino, por primeiro, a presença do *fumus boni juris*.

É, excepcionalmente, cabível a interposição da presente medida cautelar, porquanto se discute questão que, embora perante esta Corte haja jurisprudência pacífica, o STF, por intermédio do RE n. 240.785/MG, está julgando idêntica questão sob o prisma constitucional, já havendo seis (6) votos favoráveis à tese defendida pela requerente.

Reputo, assim, plausível a tese defendida pela requerente, principalmente porque esta Corte já reconheceu a plausibilidade do direito aqui evocado pela requerente em casos idênticos, como se infere do seguinte aresto:

"TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA QUE OBJETIVA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. HIPÓTESE EXCEPCIONAL CARACTERIZADA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL EM CONSOLIDAÇÃO NO STF. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E PERIGO NA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE, MANTIDA A LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. PREJUDICADO O JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL.

1. O Recurso Especial não dispõe de efeito suspensivo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitindo-se, portanto, a execução provisória do acórdão impugnado; por isso, este Superior Tribunal de Justiça tem admitido, em circunstâncias excepcionais, a concessão de efeito suspensivo aos recursos de sua competência constitucional (art. 34, V e VI, e 288 do RISTJ), por meio de Medida Cautelar Inominada, desde que satisfeitos os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

2. A regra afirma que para a viabilidade do pleito cautelar é indispensável que esteja inaugurada a competência desta Corte para a sua análise, o que só se perfectibiliza a partir do juízo de admissibilidade do Recurso Especial pelo Tribunal a quo (Súmulas 634 e 635 do STF); todavia, em hipóteses excepcionalíssimas, tem sido mitigada essa regra, quando verificada a patente possibilidade de êxito do Apelo Raro e for grande o perigo da demora.

3. 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.

4. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ; a alegação de que se trata de valores que o contribuinte do ICMS apenas arrecada, para repassar ao Tesouro do Estado (pelo que seriam ingressos provisórios e não receitas da pessoa jurídica), não encontra eco na jurisprudência desta Corte, apesar da sua inquestionável relevância.

5. Assim, é aceitável que se tenha, em princípio, por ausente a plausibilidade do direito invocado, induzindo a conclusão de que o pedido cautelar não comportaria acolhimento, mormente quando ainda não inaugurada a competência desta Corte (Súmulas 634 e 635 do STF); essa é, contudo, uma impressão que provoca reflexão, dada a peculiaridade da situação.

6. **Realmente, a tese jurídica levantada neste caso, apesar de a sua formulação causar alguma estranheza, não se mostra de todo desafortunada, porquanto o colendo STF, examinando-a nos seus superiores aspectos, não a teve por descartável de imediato, tanto que, no RE 240.785-MG, de relatoria do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, já conta com 6 manifestações em favor do seu acolhimento; no RE 574.706-PR, de relatoria da insigne Ministra CÁRMEN LÚCIA, o Pretório Excelso reconheceu-a como de repercussão geral; em caso símile, o eminente Ministro ARI PARGENDLER, na MC 16.851-RJ, atribuiu efeito suspensivo a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RE, decisão essa que foi confirmada pela Corte Especial, o que vem em reforço da aparência de bom direito, neste caso.

7. Quanto ao *periculum in mora*, este decorre da expectativa de recolhimentos tributários quiçá indevidos, cuja repetição, como se sabe, é custosa, demorada e difícil.

8. Medida Cautelar julgada procedente, mantendo-se a liminar concedida. Prejudicado o o julgamento do Agravo Regimental da FAZENDA NACIONAL."

(MC 19478/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18.12.2012, DJe 6.2.2013.)

Em outra oportunidade, a Corte Especial do STJ manteve decisão monocrática proferida pelo Min. Ari Pargendler em que também se discutia a possibilidade de suspensão da exigibilidade do tributo, à vista da nova orientação jurisprudencial do STF sobre a matéria.

Nesse sentido, colho do voto proferido pelo Min. Ari Pargendler nos autos da MC 16.851/RJ:

"Até o momento há 06 votos pela declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, e 01 pela constitucionalidade do procedimento. A maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, portanto, já reconheceram a inconstitucionalidade da exigência fiscal."

Registro de antemão que o STJ só admite em casos excepcionalíssimos o deferimento de liminar nestes casos, como se vê abaixo:

"AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO ATIVO PRETENDIDO PARA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE PRÉVIO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 634 E 635/STF. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA CAUTELAR. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Esta Corte não tem competência para deferir efeito suspensivo a recurso especial que ainda pende do exame prévio de admissibilidade pelo Tribunal de origem. Incidem as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.

II - Este Tribunal tem admitido em situações excepcionalíssimas a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, a fim de evitar decisões teratológicas, o que não se verifica no presente caso.

III - O deferimento de liminar em medida cautelar demanda a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confluência de dois pressupostos, fumus boni iuris e periculum in mora, ou, aparência do direito e perigo na demora na prestação jurisdicional.

IV - No caso de que se cuida, não se encontram presentes os requisitos para a medida cautelar ajuizada, consistente na antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Agravo improvido. Arquivamento, após o trânsito em julgado, determinado."

(AgRg na MC 14.623/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.10.2008, DJe 28.10.2008.)

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. REQUISITOS ATENDIDOS. DEFERIMENTO.

1. O deferimento de efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem é viável em situações excepcionais, quando presentes simultaneamente dois requisitos: a verossimilhança do direito invocado, consubstanciada na plausibilidade dos fundamentos do recurso, e o risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado. Precedentes.

2. No caso dos autos, o perigo de dano pelo risco de perda do bem arrematado, criando situação irreversível acaso sobrevenha o provimento do recurso especial já interposto.

3. Quanto à verossimilhança do direito, esta resulta do entendimento consolidado Súmula 128/STJ: 'Na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lance superior à avaliação'.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AgRg na MC 12.383/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 17.5.2007, DJ 4.6.2007.)

Portanto, em sede de cognição sumária, próprio das liminares, parece-me aplicável ao presente caso a excepcional jurisprudência desta Corte, que somente admite em casos raros a impressão de efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem.

Examino, secundariamente, o perigo da demora.

Nos termos do art. 34, V, do RISTJ, cabe ao Ministro Relator apreciar medidas cautelares *"necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa"*.

O objetivo da medida cautelar proposta, na realidade, é evitar a execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por isso a jurisprudência desta Corte admite, em circunstâncias excepcionais, a concessão de efeito suspensivo aos recursos de sua competência constitucional (art. 34, V e VI, e 288 do RISTJ).

O cenário exposto em linhas gerais pela inicial permite a conclusão de que não se mostra razoável que a requerente se submeta à cobrança forçada de crédito tributário, cuja prevalência está sendo questionada no STF com perspectiva de acolhimento da tese defendida perante a Corte de origem.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0174334-0 PROCESSO ELETRÔNICO MC **AgRg na 21.111 / RJ**

Números Origem: 00167084920064025101 167084920064025101 200651010167080

PAUTA: 17/09/2013

JULGADO: 17/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Exclusão - ICMS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 21.111 - RJ (2013/0174334-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PRETENSÃO CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. LIMINAR CONCEDIDA COM BASE EM JULGAMENTO PENDENTE NO STF. MUDANÇA DE COMPOSIÇÃO DA SUPREMA CORTE. POSTERIOR AFETAÇÃO DA MATÉRIA NO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO NÃO INICIADO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* AUSENTES.

1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que deferiu liminar em Medida Cautelar para atribuir efeito suspensivo a Recurso Especial que defende a tese da ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

2. A empresa sustenta, na petição inicial, que "vem sofrendo fiscalização da Receita Federal do Brasil (...), o que poderá resultar na lavratura de autuações de cerca de **R\$ 1.000.000.000,00** (um bilhão de reais), ademais acrescidos de multa, a menos que houvesse pagamento deste valor elevadíssimo, e que tem grandes chances de ser considerados indevido" (fl. 10).

3. A rigor, a discussão sobre a competência do STJ para conhecer da presente Medida Cautelar depende da possibilidade de superação do óbice das Súmulas 634 e 635/STF, o que é admitido em **hipóteses excepcionalíssimas**, a depender da configuração de **flagrante ilegalidade** ou de **teratologia** do acórdão recorrido. Sucede que, em última análise, a formação de tal juízo acaba sendo influenciada pelas razões de mérito da cautelar, ou seja, pelo grau de convencimento acerca da presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

IMPROBABILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO ESPECIAL: TESE CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ

4. É pacífica a orientação de que a concessão de Medida Cautelar para atribuir efeito suspensivo a Recurso Especial depende da probabilidade de êxito deste último (MC 20.790/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 01/08/2013; AgRg na MC 19.744/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/09/2012; MC 17.066/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14/04/2011).

5. *In casu*, é flagrante a improbabilidade de que o Recurso Especial venha a ser provido, porquanto a ora agravada defende tese contrária à jurisprudência pacífica do STJ.

O ICMS COMPÕE A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA CONFINS

6. Com efeito, o STJ entende que o ICMS deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68/STJ ("A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS") e 94/STJ ("A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL").



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Tal conclusão tem sido constantemente ratificada em inúmeros julgamentos, a exemplo dos seguintes precedentes: AgRg no AREsp 365.461/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/09/2013; REsp 1.195.286/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2013 AgRg na MC 19.744/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/09/2012; AgRg no AREsp 340.008/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 24/09/2013.

8. Com a devida vênia, a solução adotada pelo eminente Relator confere desprestígio à própria jurisprudência do STJ, além de ferir a técnica processual relativa ao processo e julgamento de medidas cautelares no âmbito deste Tribunal Superior.

SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B DO CPC) E NOVA COMPOSIÇÃO DO STF

9. O principal fundamento adotado inicialmente pelo Ministro Humberto Martins consiste em que "(...) o STF, por intermédio do RE n. 240.785/MG, está julgando idêntica questão sob o prisma constitucional, já havendo seis (6) votos favoráveis à tese defendida pela requerente".

10. O RE 240.785/MG teve o julgamento suspenso em 24.8.2006, por força de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Entretanto, posteriormente a Suprema Corte, por seu Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral da controvérsia constitucional, no RE 574.706/PR, cujo julgamento de mérito ainda não teve início.

11. Por outro lado, é notório que, desde 2006, a Corte Suprema sofreu profunda modificação em sua composição. Daquela maioria formada no RE 240.785/MG, não mais integram o Supremo os Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

12. A atenção da comunidade jurídica já não está voltada ao RE 240.785/MG, mas, sim, ao RE 574.706/PR, no qual o tema será decidido sob o regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC.

13. Como antecipado, o STJ continua julgando a matéria deduzida no Recurso Especial e, em momento algum, sinalizou por mudar sua jurisprudência, em razão da maioria provisória formada no RE 240.785/MG. Ademais, é pacífica a orientação de que a repercussão geral reconhecida pelo Supremo não impede o julgamento de Recursos Especiais.

14. A meu sentir, o juízo feito, em princípio, pelo eminente Relator – que, repita-se, contrariava toda a jurisprudência do STJ – usurpa a competência do STF (art. 102, III, "a"). Com efeito, não compete a esta Corte, ao julgar Medida Cautelar em Recurso Especial, avaliar a probabilidade de êxito do Recurso Extraordinário, da mesma forma que não lhe cabe examinar ofensa a dispositivo constitucional, no âmbito do Recurso Especial.

15. A valoração então realizada pelo Ministro Humberto Martins poderia em tese ser feita pela Vice-Presidência do STJ no processamento de Recurso Extraordinário contra acórdão proferido nesta instância. A propósito, o precedente citado pelo eminente Relator (AgRg na MC 16.851/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler) não pode ser aplicado à presente controvérsia, porquanto adveio justamente de Medida Cautelar para dar efeito suspensivo a Recurso Extraordinário.

16. Apesar de o afastamento do *fumus boni iuris* ser suficiente para revogar a liminar, observo ainda que as razões apresentadas quanto ao *periculum in mora*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não merecem prosperar.

17. Conforme já assentado por esta Turma, "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" (AgRg na MC 20.630/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/04/2013).

18. Na hipótese dos autos, o risco de que a Receita Federal venha realizar lançamentos com imposição de multa, por si só, não pode justificar a alegação de *periculum in mora*. A suspensão da exigibilidade do crédito eventualmente constituído é medida que pode ser alcançada pelos mecanismos admitidos pela legislação tributária (art. 151 do CTN).

SUPERVENIENTE PERDA DO OBJETO DO AGRAVO REGIMENTAL

19. A par dessas considerações, após pedido de vista regimental pelo eminente Relator, caracterizou-se a perda do objeto do presente recurso.

20. Acompanho o eminente Relator para julgar prejudicado o Agravo Regimental.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que deferiu liminar em Medida Cautelar para atribuir efeito suspensivo a Recurso Especial que impugna acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. PRELIMINARES: IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO. PRESCRIÇÃO. RE 566.621/RS. SÚMULAS 68 E 94 - STJ. Agravo Interno desprovido.

1. In casu, não se trata de arguição de inconstitucionalidade de lei em tese, vedada em face do enunciado da Súmula nº 266, do STF, mas, sim, de alegação de ofensa à Lei Maior em caso concreto, consistente na exigência de tributo cuja constitucionalidade vem de ser contestada via "mandamus" de caráter preventivo.

2. Concessa venia, a preliminar de inadequação da via eleita com relação aos recolhimentos anteriores à impetração imerece. Com efeito, o reconhecimento do direito à compensação é plenamente admitido em sede de mandado de segurança, conforme enunciado pela Súmula nº 213 do STJ, segundo a qual "*o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*". A declaração contida no provimento mandamental possibilita, também, o aproveitamento de créditos anteriores ao ajuizamento do "writ", desde que não atingidos pela prescrição, tendo em vista que a impetração não visa à repetição de indébito, mas, sim, a mera declaração de inexigibilidade do tributo, bem como a compensação dos valores recolhidos indevidamente. A compensação deve ser efetivamente realizada na esfera administrativa. Cabe ao Poder Judiciário apenas o reconhecimento do direito, quando for o caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Prescrição. Aplicação do novo prazo de cinco anos tão-somente às ações ajuizadas a partir da vigência do art. 4º da LC nº 118/05, ou seja, a a partir de 9 de junho de 2005.

4. A questão cinge-se ao exame da constitucionalidade da disciplina da base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a égide da LC nº 10/91 e da Lei nº 9.718/98, no que tange à inclusão do ISS.

5. O E. Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria, no sentido de reconhecer a ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (o que vale, igualmente, para o ISS, que, como o ICMS, integra a base de cálculo das contribuições citadas), posicionamento este que foi mantido, pois o C. Supremo Tribunal Federal entendeu que não lhe cabia apreciar o caso, por não se tratar de matéria constitucional. Assim, foi mantido, na prática, o entendimento do STJ como definitivo.

6. Entretanto, atualmente, encontra-se para julgamento no Excelso Pretório o Recurso Extraordinário nº 240.785, em que se sustenta a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS sobre a base de cálculo da COFINS, sendo que a maioria dos Ministros entendeu estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, com fundamento em que "a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores recebidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento" (v. informativo STF 437). Encontrando-se o recurso extraordinário ainda em andamento e não havendo decisão definitiva do C. STF, deve ser incluída a parcela referente ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme sumulado pelo E. STJ.

7. De fato, as Leis nºs 10.637 e 10.833/2003, que atualmente regulam o PIS e a COFINS, previram de forma expressa que tais contribuições incidiriam sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil. Considerando-se que o faturamento integra a receita, tal como definida hoje na legislação de regência, que ampliou os limites da antiga receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, que correspondia aos contornos do faturamento, nenhuma modificação, no que tange à necessidade de inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS (receita), pode ser atribuída à superveniência das referidas leis.

8. Não há ofensa aos artigos 145, § 1º, e 195, inc. I, da Constituição Federal, posto que o ICMS/ISS é repassado no preço final do produto ao consumidor, de modo que a empresa tem, efetivamente, capacidade contributiva para o pagamento do PIS e da COFINS sobre aquele valor, que acaba integrando o seu faturamento.

9. Recurso da impetrante não provido. Remessa necessária e recurso da União Federal providos (fls. 1.732-1.733).

No Recurso Especial, a Telemar Norte Leste S/A defende, em breve síntese, que "o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da COFINS" (fl. 1.759).

Conforme relatado na inicial da presente Medida Cautelar, buscou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

igualmente a concessão de efeito suspensivo no âmbito do Tribunal *a quo*, uma vez que o Recurso Especial ainda pende de juízo de admissibilidade na origem. No entanto, "passada uma semana desde o ajuizamento da cautelar no TRF/2, o pedido ainda não foi apreciado sendo que os autos sequer foram encaminhados à Vice-Presidência" (fl. 3).

A empresa sustenta que o *fumus boni iuris* está configurado, pois "o STF, no RE nº 240.785/MG, formou maioria pela **inconstitucionalidade** da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS". E arremata: "Clara, portanto, a elevada possibilidade de êxito final da Requerente, com o que se preenche o primeiro requisito para o deferimento da liminar" (fl. 7).

A título de *periculum in mora*, argumenta que "vem sofrendo fiscalização da Receita Federal do Brasil (...), o que poderá resultar na lavratura de autuações de cerca de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), ademais acrescidos de multa, a menos que houvesse pagamento deste valor elevadíssimo, e que tem grandes chances de ser considerados indevido" (fl. 10).

O eminente Relator, Ministro Humberto Martins, acolheu as razões do contribuinte e deferiu a liminar (fls. 1.817-1.822).

A Fazenda Nacional interpôs Agravo Regimental, no qual sustenta, preliminarmente, a incompetência do STJ para o julgamento desta Medida Cautelar e, no mérito, a inexistência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (fls. 1.830-1.850).

Inicialmente, o Ministro Humberto Martins negou provimento ao Regimental, em judicioso voto assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. QUE VISA A IMPRESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS.

1. A Requerente, ora agravada, objetiva com a presente medida cautelar atribuir efeito suspensivo a recurso especial aviado contra o aresto do TRF da 2ª Região que reformou a sentença concessiva da ordem no Mandado de Segurança n. 2006.51.01.016708-0, onde se pleiteia a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É, excepcionalmente, cabível a interposição da presente medida cautelar, porquanto se discute questão que, embora perante esta Corte haja jurisprudência pacífica, o STF, por intermédio do RE n. 240.785/MG, vem julgando idêntica questão sob o prisma constitucional, já havendo seis (6) votos favoráveis à tese defendida pela requerente. Precedente: MC 19478/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18.12.2012, DJe 6.2.2013.

3. O objetivo da medida cautelar proposta, na realidade, é evitar a execução provisória do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por isso a jurisprudência desta Corte admite, em circunstâncias excepcionais, a concessão de efeito suspensivo aos recursos de sua competência constitucional (art. 34, V e VI, e 288 do RISTJ). Desse modo, não se mostra razoável que a requerente se submeta à cobrança forçada de crédito tributário, estando demonstrado o *periculum in mora*.

Agravo regimental improvido.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Passo ao meu voto.

1. Ausência de *fumus boni iuris*: pretensão recursal contrária a jurisprudência pacífica do STJ

A rigor, a discussão sobre a competência desta Corte para conhecer da presente Medida Cautelar depende da possibilidade de superação do óbice das Súmulas 634 e 635/STF, o que é admitido em **hipóteses excepcionalíssimas**, a depender da configuração de **flagrante ilegalidade** ou de **teratologia** do acórdão recorrido. Sucede que, em última análise, a formação de tal juízo acaba sendo influenciada pelas razões de mérito da cautelar, ou seja, pelo grau de convencimento acerca da presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Confirmam-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO AINDA NÃO REALIZADO NA ORIGEM. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. EXCEÇÃO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA PELO TRIBUNAL A QUO. INEXISTÊNCIA DE MODO DE IMPUGNAÇÃO PRÓPRIO. INVIABILIDADE DO AGRAVO DO ART. 544 DO CPC. CASO CONCRETO. SUPOSTA INCIDÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 30/2000. DECLARAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPERTINÊNCIA. JULGAMENTO PELA ORIGEM SEM MENÇÃO AO REFERIDO ATO NORMATIVO.

1. Não se admite medida cautelar proposta diretamente a este Tribunal Superior para agregar efeito suspensivo a recurso constitucional de sua competência que, no entanto, ainda esteja pendente de juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*. Inteligência das Súmulas 634 e 635 do STF.

2. Excepciona-se essa regra quando, à falta de modo de impugnação previsto em lei, semelhante medida houver sido indeferida na origem, desde que haja a conjugação cumulativa do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* (AgRg no Ag 1430518/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 18.04.2013, DJe 25.04.2013).

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg na MC 21.333/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/10/2013).

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR - PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM - EXCEPCIONALIDADE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PATENTE POSSIBILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO E DE GRANDE PERIGO DA DEMORA - NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 288 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, as medidas cautelares são cabíveis apenas para atribuir efeito suspensivo ou, eventualmente, para antecipar a tutela recursal em recursos de competência desta Corte.

2. Como regra, faz-se necessário estar instaurada a competência desta Corte para a apreciação da medida (Súmulas 634 e 635 do STF).

3. O STJ, todavia, tem conferido temperamentos a essa regra para atribuir efeito suspensivo a recurso já interposto, mas ainda não admitido, na origem, nas hipóteses nas quais esteja claramente evidenciado que a decisão impugnada seja teratológica ou que esteja em manifesto confronto com a jurisprudência dominante desta Corte, no afã de evitar lesão irreparável ou de difícil reparação.

4. Não se verifica, no caso concreto, a evidente possibilidade de êxito do recurso especial.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg na MC 20.807/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 06/09/2013).

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que a concessão de Medida Cautelar para atribuir efeito suspensivo ao Recurso Especial depende da probabilidade de êxito deste último. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Em circunstâncias excepcionais, admite-se a concessão de efeito suspensivo a recurso especial por meio de medida cautelar inominada, quando satisfeitos concomitantemente os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

2. A probabilidade de êxito do recurso especial deve ser verificada na medida cautelar, ainda que de modo superficial. Assim, não comprovado de plano a fumaça do bom direito apta a viabilizar o deferimento da medida de urgência, é de rigor o seu indeferimento.

3. Na hipótese, o *fumus boni iuris* não foi demonstrado, isto porque as empresas não se submetem à incidência da contribuição previdenciária se a distribuição de lucros e resultados for realizada na forma da lei.

(...)

Medida cautelar improcedente. Prejudicado o agravo regimental.

(MC 20.790/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 01/08/2013).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. RECURSO (ESPECIAL) INTERPOSTO VIA FAX. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO REFERENTE À APRESENTAÇÃO DA PETIÇÃO ORIGINAL. ALEGAÇÃO DE FALHA NOS CORREIOS. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA 216/STJ.

1. "A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio" (Súmula 216/STJ).

2. Afastada a probabilidade de êxito do recurso especial, revela-se inviável a concessão do efeito suspensivo pleiteado.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg na MC 19.744/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 26/09/2012).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE POÇOS ARTESIANOS. CAPTAÇÃO DE ÁGUAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 538, DO CPC.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como, a caracterização do *fumus boni iuris* consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. O *fumus boni iuris*, em sede de cognição sumária, reside



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na plausibilidade da tese veiculada no recurso especial, qual seja, a tempestividade dos Embargos Infringentes apresentados pela municipalidade, ora agravante, em razão da interrupção do prazo recursal (art. 538 do CPC). Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no Ag 949.298/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 15.12.2008; AgRg nos EDcl no REsp 1076385/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 17.12.2008; AgRg no REsp 396.422/BA, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 19.12.2008; AgRg no Ag 908.190/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06.12.2007, DJe 24.03.2008; REsp 749.053/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 12.11.2007; REsp 974.637/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20.09.2007, DJ 04.10.2007; REsp 942.973/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 13.09.2007; EREsp 302.177/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 19.05.2004, DJ 27.09.2004).

(...)

5. Medida Cautelar procedente.

(MC 17.066/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/04/2011).

In casu, é flagrante a ausência de probabilidade de que o Recurso Especial venha a ser provido, porquanto a ora **agravada defende tese contrária à jurisprudência pacífica desta Corte**.

Com efeito, o STJ entende que o ICMS deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68/STJ ("A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS") e 94/STJ ("A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL").

Tal orientação tem sido constantemente ratificada em inúmeros julgamentos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131, 165 E 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO DISPOSITIVO DE LEI INVOCADO. SÚMULA 211/STJ. REGRAS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68/STJ E 94/STJ.

(...)

5. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 365.461/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 30/09/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DO TRIBUTO CONVERTIDO EM UFIR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO PARA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. LEGALIDADE. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE ICMS. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

(...)

5. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de os valores devidos a título de ICMS integrarem a base de cálculo do PIS e da COFINS. Entendimento firmado nas Súmulas 68 e 94 do STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1.195.286/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 24/09/2013).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULA 68 E 94/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o ICMS está incluído no cálculo do PIS e da Cofins, conforme determina as Súmulas n. 68 e 94/STJ. Precedentes.

2. Recurso a que se nega provimento.

(REsp 1.336.985/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 08/02/2013).

TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO. LEGALIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE.

1. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da legalidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por analogia, nos termos das Súmulas 68 e 94, ambas do STJ. Precedentes: AgRg no Ag 1301160/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/06/2013; e AgRg no REsp 1122519/SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/12/2012.

2. A repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no REsp 1344073/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 06/09/2013; e AgRg no AREsp 244.747/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 08/02/2013.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 340.008/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 24/09/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, tenho que não se pode conceder Medida Cautelar para atribuir efeito suspensivo a Recurso Especial que contraria orientação pacífica do STJ.

Com a devida vênia, a solução em princípio adotada pelo eminente Relator conferia desprestígio à própria jurisprudência desta Corte, além de ferir a técnica processual relativa ao processo e julgamento de medidas cautelares no âmbito do STJ.

2. Atribuição de efeito suspensivo com base em julgamento pendente do STF e usurpação da competência daquela Corte

O principal fundamento adotado pelo Ministro Humberto Martins consiste em que "(...) o STF, por intermédio do RE n. 240.785/MG, está julgando idêntica questão sob o prisma constitucional, já havendo seis (6) votos favoráveis à tese defendida pela requerente".

O RE 240.785/MG teve o julgamento suspenso em 24.8.2006, em razão de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Entretanto, posteriormente a Suprema Corte, por seu Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral da controvérsia constitucional, no RE 574.706/PR, cujo julgamento de mérito ainda não teve início. Confira-se a ementa relativa à questão preliminar:

Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, DJe-088 de 15-05-2008).

Por outro lado, é notório que, desde 2006, a Corte Suprema sofreu profunda modificação em sua composição. Daquela maioria formada no RE 240.785/MG, não mais integram o Supremo os Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

A atenção da comunidade jurídica já não está voltada ao RE 240.785/MG, mas, sim, ao RE 574.706/PR, no qual a matéria será decidida sob o regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como antecipado, o STJ continua julgando a matéria deduzida no Recurso Especial e, em momento algum, sinalizou por mudar sua jurisprudência, em razão da maioria provisória formada no RE 240.785/MG.

A meu sentir, o juízo que havia sido feito pelo eminente Relator – que, repita-se, contraria toda a jurisprudência do STJ – usurpava a competência do STF (art. 102, III, "a"). Com efeito, não compete a esta Corte, ao julgar Medida Cautelar em Recurso Especial, avaliar a probabilidade de êxito do Recurso Extraordinário, da mesma forma que não lhe cabe examinar ofensa a dispositivo constitucional, no âmbito do Recurso Especial.

A valoração então realizada pelo Ministro Humberto Martins poderia em tese ser feita pela Vice-Presidência do STJ no processamento de Recurso Extraordinário contra acórdão proferido nesta instância.

A propósito, o precedente citado pelo eminente Relator (AgRg na MC 16.851/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler) não pode ser aplicado à presente controvérsia, porquanto adveio justamente em Medida Cautelar para dar efeito suspensivo a Recurso Extraordinário. Transcrevo, por oportuno, a ementa:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. Atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Agravo regimental não provido.

De fato, não se pode aproveitar a seguinte fundamentação do Min. Ari Pargendler, porquanto fora explicitada no processamento de Recurso Extraordinário:

Até o momento há 06 votos pela declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, e 01 pela constitucionalidade do procedimento. A maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, portanto, já reconheceram a inconstitucionalidade da exigência fiscal.

Assim, não cabe ao STJ conferir efeito suspensivo a Recurso Especial, com base em razões constitucionais, sobretudo quando a jurisprudência desta Corte não agasalha a pretensão recursal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Risco de lançamentos tributários e inexistência de *periculum in mora*

Apesar de o afastamento do *fumus boni iuris* ser suficiente para revogar a liminar, observo ainda que as razões apresentadas quanto ao *periculum in mora* não merecem prosperar.

Segundo a agravada, "a empresa vem sofrendo fiscalização da Receita Federal do Brasil (...), o que poderá resultar na lavratura de autuações de cerca de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), ademais acrescidos de multa, a menos que houvesse pagamento deste valor elevadíssimo, e que tem grandes chances de ser considerados indevido" (fl. 10).

Conforme já assentado por esta Turma, "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" (AgRg na MC 20.630/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/04/2013).

Na hipótese dos autos, o risco de que a Receita Federal venha realizar lançamentos com imposição de multa, por si só, não pode justificar a alegação de *periculum in mora*. A suspensão da exigibilidade do crédito eventualmente constituído é medida que pode ser alcançada pelos mecanismos admitidos pela legislação tributária (art. 151 do CTN).

4. Superveniente perda do objeto

Após a apresentação de meu voto o eminente Relator pediu vista regimental para nova análise dos autos.

Sucede que, nesse intervalo de tempo, caracterizou-se a perda do objeto do presente recurso, de modo que adiro aos fundamentos declinados por Sua Excelência.

5. Conclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **acompanho o eminente Relator para julgar prejudicado o Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0174334-0 PROCESSO ELETRÔNICO MC **AgRg na 21.111 / RJ**

Números Origem: 00167084920064025101 167084920064025101 200651010167080

PAUTA: 19/11/2013

JULGADO: 19/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Exclusão - ICMS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, divergindo do Sr. Ministro Humberto Martins, dando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos o Sr. Ministro-Relator."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 21.111 - RJ (2013/0174334-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR QUE OBJETIVA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. HOMOLOGAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. AGRAVO REGIMENTAL. PREJUDICIALIDADE.

1. A homologação do pedido de desistência da medida cautelar prejudica a análise de agravo regimental interposto contra decisão que concedeu a liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

2. É manifesta a perda de objeto do presente agravo regimental, bem como do recurso especial interposto.

Agravo regimental prejudicado.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão da minha lavra que deferiu a liminar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR QUE VISA A IMPRESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO AINDA NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DEFERIMENTO DA LIMINAR."

A agravante alega que:

"Somente em casos excepcionalíssimos o STJ admite a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto ou pendente de análise no órgão ordinário, conforme a jurisprudência externada nas súmulas 634 e 635 do STF para proclamar que compete, dado o estado de coisas do caso concreto em análise, ao Tribunal Regional Federal apreciar pedido de efeito suspensivo ao recurso especial lá ainda contraditório.

Por tal motivo a presente ação sequer merece ultrapassar a barreira da admissibilidade, aforada que está em Tribunal absolutamente incompetente, o que caracteriza restar ausente um pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo. Com efeito, ajuizada perante o Tribunal ad quem ao tempo em que ainda não havia sido prolatado o Juízo primeiro de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal a quo.

[...]

A suposta excepcionalidade da situação concreta em tela não pode ser aceita ante a mera assertiva de que não se afiguraria razoável permitir que a requerente sofra cobrança, inclusive judicial, de quantia, mesmo que vultosa, porquanto a União é plenamente solvente para futura e incerta obrigação de restituição de indébito. Assim, a repercussão econômico-financeira da causa, por si só, não pode implicar ter-se por caracterizado o perigo da demora.

[...]

De efeito, restou definitivamente confirmado pelo STF, no RE 212.209 que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, e dentro dessa operação encontra o valor a título de ICMS. Nessa linha, a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento (receita bruta operacional). Dentro desse faturamento encontram-se os valores que foram pagos à pessoa jurídica pela venda de mercadorias ou pela prestação de serviços."

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, para que se submeta o presente agravo à apreciação da Turma.

O Ministério Público Federal opinou pela **procedência da presente medida cautelar**, em parecer assim ementado:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PIS E COFINS. Base de cálculo. Inclusão do ICMS. Medida Cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial não admitido na origem. Pedido de medida liminar parcialmente deferido em sede de mandado de segurança para suspender a exigibilidade dos créditos tributários decorrentes da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, quanto às receitas oriundas da prestação de serviços de telecomunicações sujeitas ao regime cumulativo da Lei no 9.718/1998. Sentença que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedeu parcialmente a segurança, nos termos da medida liminar, e autorizou a compensação dos valores recolhidos a maior nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação. Acórdão atacado no especial que deu provimento ao recurso de apelação da União Federal e negou provimento à apelação da empresa.

Medida cautelar proposta perante o STJ para conceder efeito suspensivo ao recurso especial. Medida liminar deferida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto, determinando a suspensão da exigibilidade dos créditos de PIS e COFINS discutidos perante a Corte de origem, até o julgamento do referido recurso especial. Os requisitos justificadores para deferimento da medida cautelar são a presença concomitante da plausibilidade do direito alegado e a urgência da prestação jurisdicional.

Dentro daquilo que almeja em relação à suspensão da exigibilidade dos créditos de PIS e COFINS, a Requerente logrou demonstrar a plausibilidade do direito alegado - em razão do resultado do julgamento parcial do STF no RE 240.7851MG sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS - e a urgência da prestação jurisdicional - face a possibilidade de autuação da empresa pelo Fisco Federal. Medida cautelar que deve ser deferida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela Requerente." (fls.1874-1875, e-STJ).

O eminente Ministro Herman Benjamin pediu vista dos autos e apresentou judicioso voto **divergindo** deste relator para dar provimento ao agravo regimental para indeferir o pedido de liminar.

Em 19.11.2013, **pedi vista regimental** dos autos para melhor analisar os fundamentos da divergência.

A requerente - ora agravada - **apresentou pedido de desistência** da medida cautelar em 19.12.2013, nos seguintes termos (fls.1906-1910, e-STJ):

"Trata-se de ação cautelar ajuizada para atribuir efeito suspensivo a recurso especial, aviado contra aresto do TRF-2 que reformou a sentença concessiva da ordem no Mandado de Segurança nº 2006.51.01.016708-0, onde se pleiteia a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

Inicialmente, a liminar foi deferida pelo Exmo. Ministro Relator para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto, de modo a suspender a exigibilidade dos débitos de PIS e COFINS até o julgamento do mesmo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No intuito de quitar, com os benefícios concedidos pela Lei nº 12.865/13, os débitos que estavam com a exigibilidade suspensa em razão da liminar aqui deferida, a Requerente protocolou, na ação de origem, em 28/11/2013, petição de desistência e renúncia ao direito exclusivamente em relação aos débitos vencidos até 31/12/2012.

Posteriormente, a Requerente se manifestou nestes autos informando a perda de objeto parcial desta ação cautelar, e pleiteando o prosseguimento da ação em relação aos débitos não quitados nos termos da Lei nº 12.865/13.

Ocorre que a Requerente não tem mais interesse na manutenção do mandado de segurança nº 2006.51.01.016708-0, razão pela qual manifestou, em 18/12/2013, sua desistência complementar da ação (e dos recursos interpostos), de modo a alcançar inclusive os débitos que não foram quitados (doe. nº 01)."

É, no essencial, o relatório.

A requerente - ora agravada - requer a desistência da presente medida cautelar, pois *"não tem mais interesse na manutenção do mandado de segurança nº 2006.51.01.016708-0, razão pela qual manifestou, em 18/12/2013, sua desistência complementar da ação (e dos recursos interpostos), de modo a alcançar inclusive os débitos que não foram quitados (doc. nº 01)."*

Considerando **o pedido de desistência** da presente medida cautelar (fls.1906-1910, e-STJ) efetuado por advogado com poderes para tal finalidade (fls. 16-20, e-STJ), **HOMOLOGO-O** para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VIII, do CPC.

Logo, deve ser reconhecida a perda de objeto do presente agravo regimental, em razão do pedido de desistência apresentado pelo agravado.

"FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. SENTENÇA DE MÉRITO SUPERVENIENTE. PERDA DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE. 1. Após consulta ao site do Tribunal de origem, verifica-se que a ação principal foi sentenciada, homologando a desistência requerida e extinguindo o feito sem resolução de mérito.

2. Assim, é manifesta a perda de objeto do Recurso Especial interposto e do presente Agravo Regimental, o que impõe o reconhecimento da prejudicialidade. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental prejudicado."

(AgRg no Ag 1209893/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 24/05/2013)

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0174334-0 PROCESSO ELETRÔNICO MC **AgRg na 21.111 / RJ**

Números Origem: 00167084920064025101 167084920064025101 200651010167080

PAUTA: 22/04/2014

JULGADO: 22/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Exclusão - ICMS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Humberto Martins e a retificação de voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes e a Sra. Ministra Assusete Magalhães, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.