



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 19.478 - SP (2012/0116211-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
REQUERENTE : SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, julgar procedente a medida cautelar, mantendo-se a liminar concedida e julgar prejudicado o Agravo Regimental da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 18 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 19.478 - SP (2012/0116211-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
REQUERENTE : SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

1. Cuida-se de Medida Cautelar proposta por SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA., objetivando conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial, pendente de admissibilidade, interposto contra acórdão proferido pelo TRF da 3a. Região, assim ementado:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ADC 18. LIMINAR. CESSADA A EFICÁCIA. PIS E COFINS. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. *Indevida a suspensão do andamento processual em vista do reconhecimento de repercussão geral pelo Excelso Pretório, na medida em que o sobrestamento previsto na lei processual (art. 543-B, §§ 1o. e 2o.) refere-se tão somente a recursos extraordinários.*

2. *Cessada a eficácia da liminar concedida na ADC 18, pelo Supremo Tribunal Federal, referente à suspensão do julgamento dos feitos em que se discute a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.*

3. *Compõe o ICMS o preço final da mercadoria que, por sua vez, integra o faturamento que é base de cálculo do PIS e da COFINS.*

4. *A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS (Súmula 68).*

5. *O Superior Tribunal de Justiça, via edição da Súmula 94, firmou orientação no sentido de que a parcela relativa ao ICMS integra o faturamento e, portanto, inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL. O mesmo entendimento aplica-se à COFINS, posto tratar-se de contribuição instituída pela LC 70/91 em substituição ao FINSOCIAL.*

6. *Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e das Cortes Regionais (fls. 107).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Infere-se dos autos que a requerente impetrou, na primeira instância, Mandado de Segurança, com pedido de liminar, objetivando o reconhecimento do direito de excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS.

3. Deferida a segurança, a requerida interpôs Recurso de Apelação que restou provido nos termos da ementa acima transcrita.

4. Na presente cautelar, aduz que a questão referente à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, objeto da presente ação, teve repercussão geral reconhecida pelo Pretório Excelso, razão pela qual é de rigor a atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais relacionados ao tema.

5. Defende a possibilidade de concessão do efeito suspensivo por esta Corte mesmo antes do juízo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, posto que apesar de ter ajuizado Medida Cautelar incidental perante a Vice-Presidência do TRF da 3a. Região, aquela Corte deixou de analisar o pedido sob o fundamento de que compete a este STJ o julgamento do referido pleito.

6. No mérito, reitera os fundamentos do Apelo Nobre sobre a inadmissibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que o tributo estadual não se enquadra no conceito técnico de faturamento.

7. Sustenta, quanto ao *periculum in mora*, que o risco de dano irreparável é evidente posto que a requerente estará em mora perante à Autoridade Fiscal quanto aos valores que deixaram de ser adimplidos em função do provimento jurisdicional obtido originariamente no MS, montante que *supera algumas dezenas de milhões de reais*.

8. A FAZENDA NACIONAL interpôs Agravo Regimental (fls. 200/230), bem como apresentou contestação, aduzindo, preliminarmente, a perda de objeto da presente Cautelar diante do juízo negativo de admissibilidade do Recurso Especial perante o Tribunal *a quo*. Sustenta que ainda que sobrevenha o Agravo, nos moldes do art. 544 do CPC, o mesmo não possui a virtude de permitir a apreciação da Medida Cautelar com fins de emprestar efeito suspensivo ao Recurso Especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadmitido ainda no âmbito do Tribunal Regional. Afirmo não ser o caso de superação das Súmulas 634 e 635 do STF.

9. No mérito, defende a possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por fim, diz inexistir perigo na demora, porquanto não se faz configurada qualquer irreversibilidade ou irreparabilidade fática da situação a que submetida a parte.

10. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 19.478 - SP (2012/0116211-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
REQUERENTE : SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

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, 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 cuja 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.

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. Na origem, a empresa, impetrou, na primeira instância, Mandado de Segurança, com pedido de liminar, objetivando o reconhecimento do direito de excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS, concedido em parte pelo MM. Juiz da 15a. Vara da Seção Judiciária de São Paulo, para autorizar a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS em relação aos fatos geradores posteriores à impetração.

4. O TRF da 3a. Região, por sua vez, deu provimento ao Apelo FAZENDA NACIONAL, sob o fundamento de que antes mesmo da nova redação do art. 195, I da CF/88, o STF já havia sido assentado o entendimento de haver identidade entre os conceitos de faturamento e receita bruta, razão pela qual entendeu não haver inconstitucionalidade na inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

5. Em seu Recurso Especial, sustenta a ora requerente, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 1o. das Leis 10.637/02 e 10.833/03; 2o. e 3o. da Lei 9.718/88; 2o. da LC 70/91 e 110 do CTN. Afirmar ser inadmissível a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que o tributo estadual não se enquadra no conceito técnico de faturamento.

6. No caso *sub judice*, não obstante o aresto impugnado estar em consonância com a orientação da 1a. Seção desta Corte, o fato é que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS está sendo apreciada pelo Pretório Excelso, no RE 240.785/MG, de relatoria do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, pendente de conclusão de julgamento no Plenário em razão do pedido de vista do eminente Ministro GILMAR MENDES após a promulgação de seis votos favoráveis à tese da ora requerente. Verifica-se, ainda, que no RE 574.706/PR, de relatoria da insigne Ministra CÁRMEN LÚCIA, foi reconhecida a repercussão geral da questão constitucional. Assim, diante da ausência de entendimento consolidado no STF a respeito do tema, há plausibilidade nas alegações deduzidas.

7. Ademais, observo que, em caso semelhante, o eminente Ministro ARI PARGENDLER, deferiu a liminar na MC 16.851/RJ, para atribuir efeito suspensivo a RE com juízo de admissibilidade submetido a este Tribunal, decisão esta que foi posteriormente confirmada pela Corte Especial em sede de Agravo Regimental, o que vem em reforço da aparência do bom direito.

8. Por outro lado, o *periculum in mora* exsurge do iminente pagamento de vultosa quantia determinado pelo julgado impugnado na instância de origem, o que pode causar dano de difícil reparação à requerente, sendo razoável, portanto, que se aguarde o julgamento de mérito do Recurso Especial para que se efetive, eventualmente, tal medida.

9. Diante dessas considerações, julga-se procedente a presente Cautelar, mantendo-se a liminar concedida. Prejudicado o julgamento do Agravo Regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0116211-7 PROCESSO ELETRÔNICO MC 19.478 / SP

Números Origem: 200761000006496 6493220074036100

PAUTA: 18/12/2012

JULGADO: 18/12/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MARCOS JOAQUIM GONÇALVES ALVES E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

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

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, julgou procedente a medida cautelar, mantendo-se a liminar concedida e julgou prejudicado o agravo regimental da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.