



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 24.604 - MG (2015/0168217-5)

RELATORA : MINISTRA VICE-PRESIDENTE DO STJ
REQUERENTE : RETIFICA SÃO JOSÉ LTDA
ADVOGADO : ELISÂNGELA INÊS DE OLIVEIRA SILVA E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DO STJ. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL EM CONSOLIDAÇÃO NO STF. *PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS*. CONFIGURAÇÃO. PEDIDO PROCEDENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça é o órgão competente para apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, sobrestado em razão da sistemática da repercussão geral. Precedente do STF.

2. A atribuição de efeito suspensivo a recurso por meio da via processual eleita é medida excepcional, sendo necessária a presença cumulativa dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

3. Em relação ao *fumus boni iuris*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de que o ICMS, por não representar receita do contribuinte, não pode compor a base de cálculo da COFINS. Precedente: RE 240.785, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 16/12/2014.

4. Por sua vez, está configurado o *periculum in mora* no caso em concreto, tendo em vista a demonstração de que a Receita Federal já deu início aos procedimentos de cobrança dos débitos tributários referentes às contribuições previdenciárias PIS/COFINS.

5. Pedido cautelar julgado procedente para suspender, até o julgamento do recurso extraordinário, os efeitos do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 1.413.129/MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgou procedente a cautelar, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Nancy Andrichi e Jorge Mussi."

Brasília (DF), 16 de setembro de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Presidente

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 24.604 - MG (2015/0168217-5)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de medida cautelar ajuizada por RETÍFICA SÃO JOSÉ LTDA, visando atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Og Fernandes, no âmbito do recurso especial n.º 1.413.129/MG, o qual foi assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. CONTRADIÇÃO E AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. AFASTAMENTO.

1. O juízo negativo de admissibilidade do recurso especial no tocante ao capítulo autônomo da violação do art. 535 do CPC não impede a análise da matéria de mérito propriamente dita desde que prequestionada, como no caso.

2. "Não procede ainda a afirmação de que a matéria de fundo é exclusivamente constitucional, pois o STJ conhece reiteradamente da questão e possui firme orientação de que a parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmulas 68 e 94/STJ). Precedentes atuais: AgRg no REsp 1.106.638/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15/5/2013; REsp 1.336.985/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/2/2013; AgRg no REsp 1.122.519/SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/12/2012" (AgRg no Ag 1301160/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/6/2013).

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento."

A Requerente alega que ajuizou mandado de segurança (autuado sob o n.º 0019628-75.2008.4.01.3800), visando o afastamento do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre o faturamento da empresa.

A ordem foi concedida pelo juízo de primeiro grau, tendo sido a sentença mantida pelo Tribunal *a quo*. A Fazenda Nacional interpôs recurso especial, que foi provido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do acórdão acima transcrito.

Foi interposto recurso extraordinário, cujo seguimento foi sobrestado, na forma do art. 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em decisão datada de 22 de abril de 2014.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do contexto, considerando o alegado risco *"de dano grave ou de difícil reparação ao direito da Requerente, na medida em que a Fazenda poderá inscrever o crédito em dívida ativa e ajuizar a Execução Fiscal"* (fls. 05/06) e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no RE n.º 240.785 que, em controle difuso de constitucionalidade teria reconhecido a inconstitucionalidade da cobrança em epígrafe, requer a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário interposto, *"a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário"* (fl. 13).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 105/108.

Os embargos de declaração opostos às fls. 113/116 foram recebidos como pedido de reconsideração, o qual, por sua vez, foi indeferido (fls. 119/120).

Regularmente citada, a parte Recorrida apresentou contestação às fls. 124/128.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR Nº 24.604 - MG (2015/0168217-5)

RELATORA : MINISTRA VICE-PRESIDENTE DO STJ
REQUERENTE : RETIFICA SÃO JOSÉ LTDA
ADVOGADO : ELISÂNGELA INÊS DE OLIVEIRA SILVA E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DO STJ. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL EM CONSOLIDAÇÃO NO STF. *PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS*. CONFIGURAÇÃO. PEDIDO PROCEDENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça é o órgão competente para apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, sobrestado em razão da sistemática da repercussão geral. Precedente do STF.

2. A atribuição de efeito suspensivo a recurso por meio da via processual eleita é medida excepcional, sendo necessária a presença cumulativa dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

3. Em relação ao *fumus boni iuris*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de que o ICMS, por não representar receita do contribuinte, não pode compor a base de cálculo da COFINS. Precedente: RE 240.785, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 16/12/2014.

4. Por sua vez, está configurado o *periculum in mora* no caso em concreto, tendo em vista a demonstração de que a Receita Federal já deu início aos procedimentos de cobrança dos débitos tributários referentes às contribuições previdenciárias PIS/COFINS.

5. Pedido cautelar julgado procedente para suspender, até o julgamento do recurso extraordinário, os efeitos do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 1.413.129/MG.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Início por reconhecer a competência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, sobrestado nesta Corte, em razão da sistemática da repercussão geral. Isso porque a Corte Suprema, no julgamento da QO na AC 2.177/PE, assentou que, "*quando reconhecida repercussão geral sobre a questão, for sobrestado recurso extraordinário sobre ela, admitido ou não na origem, é da competência do tribunal local conhecer e julgar ação cautelar tendente a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dar-lhe efeito suspensivo".

Dito isso, registro que a atribuição de efeito suspensivo a recurso é medida excepcional, sendo necessária a configuração da presença cumulativa dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Em outras palavras, há um nexo de subordinação da medida liminar à viabilidade do próprio recurso ao qual se pretende seja conferido o efeito suspensivo. E, ainda, é necessária a comprovação de maneira efetiva do risco danoso, caso a cautela não seja deferida. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR QUE OBJETIVA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CUJO TRÂMITE FOI NEGADO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO REGULAR DE AGRAVO, QUE OBJETIVA ADMITIR A COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO QUE O AGRAVANTE TEM DIREITO EM AÇÃO QUE DISCUTE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DE FGTS COM OS HONORÁRIOS DEVIDOS POR ELE NA DEMANDA QUE ENSEJOU A INTERPOSIÇÃO DO RESP. AUSENTES, À PRIMEIRA VISTA, OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EMERGENCIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A admissibilidade, em tese, da Ação Cautelar para esse fim (concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial), está intrinsecamente vinculada à possibilidade de êxito do Apelo Nobre.

2. No caso em comento, apesar de inadmitido o Recurso Especial na origem, houve a interposição de Agravo em face da decisão negativa de admissibilidade, o que, em tese, possibilitaria o conhecimento da Cautelar. Entretanto, em um juízo *perfunctório*, não se vislumbra a possibilidade de êxito do aludido Agravo e Recurso Especial, uma vez que não se constata a plausibilidade do direito invocado.

3. Não há que se falar em compensação, sob a guarida do art. 21 do CPC, quando os créditos são de titularidades distintas, cujos credores e devedores não se confundem; um dos requisitos para compensação de obrigações é duas pessoas serem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, nos termos do art. 368 do Código Civil de 2002, o que não é o caso dos autos, uma vez que, em uma das Ações, o Requerente é devedor de honorários ao patrono da CEF, enquanto na outra Ação, é credor da própria CEF.

4. Agravo Regimental desprovido." (AgRg na MC 21.917/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe de 24/02/2014.)

Analisando melhor os autos, verifico estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris*, bem como do *periculum in mora*.

Quanto ao *fumus boni iuris*, o Supremo Tribunal Federal, além de ter reconhecido a repercussão geral do tema em questão, possui jurisprudência no sentido de que o ICMS, por não representar receita do contribuinte, não pode compor a base de cálculo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COFINS. confira-se:

"TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."
(RE 240.785, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 16/12/2014.)

Em relação ao *periculum in mora*, verifica-se que os débitos tributários inscritos em nome do ora Recorrente são exigíveis, tendo em vista que foi dado provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, para reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (fls. 559/561 do Recurso Especial n.º 1.413.129/MG).

Por essa razão, conforme documentos juntados às fls. 89/97, em 03/07/2015, a Receita Federal já deu início aos procedimentos de cobrança dos débitos tributários referentes às contribuições previdenciárias PIS/COFINS. Assim, tenho que está justificado o iminente perigo da demora na prestação jurisdicional, representado pelo *periculum in mora*.

Logo, estão presentes os requisitos autorizadores para a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Nesse sentido:

"AÇÃO CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMINAR DEFERIDA AD REFERENDUM. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 240.785/RJ. SEIS VOTOS A FAVOR DA TESE DOS CONTRIBUINTES. TÉRMINO DA VOTAÇÃO CONDICIONADA À CONCLUSÃO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 18/DF. ART. 21, INC. V, DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL.

1. A tese jurídica de que o ICMS não pode compor a base de cálculo da Cofins está pendente da conclusão do julgamento tanto do Recurso Extraordinário n. 240.785/RJ quanto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 18.

2. A existência de votos formando maioria no Recurso Extraordinário n. 240.785/RJ, favorável à tese dos contribuintes, não se consubstancia em precedente conclusivo. Entretanto, o encaminhamento das discussões no Plenário e a gravidade do tema parecem suficientes para se acolher a plausibilidade do pedido.

3. Liminar referendada. (AC 2042 MC-REF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 06/02/2009.)

E, ainda, em caso análogo, *mutatis mutandis*:

"TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA QUE OBJETIVA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (MC 19.478/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 06/02/2013 - grifamos.)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido cautelar para suspender, até o julgamento do recurso extraordinário, os efeitos do acórdão proferido no Recurso Especial n.º 1.413.129/MG.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2015/0168217-5 **PROCESSO ELETRÔNICO MC 24.604 / MG**

Números Origem: 00196287520084013800 196287520084013800 200838000200682

PAUTA: 16/09/2015

JULGADO: 16/09/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **VICE-PRESIDENTE DO STJ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : RETIFICA SÃO JOSÉ LTDA
ADVOGADO : ELISÂNGELA INÊS DE OLIVEIRA SILVA E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, julgou procedente a cautelar, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Nancy Andrichi e Jorge Mussi.