



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 24.724 - BA (2015/0192381-4)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
AGRAVANTE : MUCAMBO S/A
ADVOGADO : MATHEUS MORAES SACRAMENTO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA LIMINARMENTE. SÚMULAS 634 E 635 DO STF. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

1. Nos termos das Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, aplicadas por analogia, não cabe ao Superior Tribunal Justiça conhecer de medida cautelar que tenha por objetivo a concessão de efeito suspensivo a recurso raro ainda pendente de admissibilidade no Juízo de origem, sendo certo que, nesse caso, a competência para deliberar acerca do pedido cautelar pertence ao Presidente do respectivo Tribunal.
2. Na hipótese, não há como dar prosseguimento ao pleito, haja vista que ainda se encontra aberto o prazo para a interposição de recurso especial ou extraordinário por parte da Fazenda Nacional, militando, em favor do Poder Público, entendimento segundo o qual a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS (Súmulas 68 e 94 do STJ).
3. Ademais, não se admite nesta Corte a concessão de medidas cautelares de pretensão antecipatória-satisfativa.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 08 de setembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro Og Fernandes
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 24.724 - BA (2015/0192381-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento à medida cautelar.

Aduz a agravante que houve o reconhecimento de inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança e que não há qualquer presunção em favor do Poder Público.

Assevera que esta Corte reconhece a possibilidade de se conhecer de medida cautelar antes que o recurso especial tenha sido admitido.

Alega, por fim, que a pretensão cautelar nada tem de satisfativa, porque o mérito da contenda é a não incidência do PIS e da Cofins sobre a parcela do ICMS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 24.724 - BA (2015/0192381-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Verifica-se que a parte agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado. Assim, mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada, nos seguintes termos:

Vistos, etc.

Trata-se de medida cautelar proposta por Mucambo S.A., com pedido de liminar, com vistas à obtenção de efeito suspensivo ativo a recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 1ª Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – EXCLUSÃO DO ICMS E DO IPI DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E A COFINS - CF/88, ART. 195, I - PRECEDENTES DA TURMA E DA QUARTA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.

1. A decisão cogente, proferida pelo STF na ADC n. 18, determinou a suspensão de todas as ações em trâmite cujo objeto envolva a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.718/98 (inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP). Precedente: STF, ADC 18 MC/DF, MIN. MENEZES DIREITO, TRIBUNAL PLENO, DJE-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008. Prazo e prorrogações esgotados.

2. Na sessão de 11/04/2012, da Quarta Seção deste Tribunal, a Questão de Ordem suscitada nos Embargos Infringentes 0016794-43.2005.4.01.3400-DF, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, consistente na manutenção da suspensão dos julgamentos, restou rechaçada, por maioria. Foram liberados, portanto, os órgãos fracionários para o julgamento meritório das controvérsias que giram em torno do assunto, em razão da cessação dos efeitos da ordem de sobrestamento determinada anteriormente pela Corte Suprema.

3. Após acirrada divergência pretoriana, a colenda Quarta Seção deste Tribunal (EIAM n. 2006.38.06.004793-7/MG) passou a proclamar que *"em guinada jurisprudencial (interpretativa) capitaneada pelo STF (RE 240.785/MG, pendente), tem-se que, a prevalecer a 'ratio essendi' do voto do relator (Min. MARCO AURÉLIO), como até aqui a maioria formada indica"*, o ISSQN e o ICMS, tributo não federais (CF/88), não constituem *"sob nenhum prisma, receita do contribuinte, mas, sim, do ente público tributante"*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao qual pertence, não estando contida, então, no conceito de faturamento nem no de receita bruta, fora, portanto, da base de cálculo do PIS (Lei n. 9.715/98), mas 'ônus' do sujeito passivo, não recurso que lhe pertença adveniente de operações de venda ou de prestação de serviços (riquezas tributáveis, fatos geradores)".

4. *Nesse diapasão, "não se trata de afastar normas do PIS por suposta inconstitucionalidade, que atrairiam, se e quando, o art. 97 da CF/88, mas de compreender a real natureza do conceito "legal" de renda, de faturamento e do ISSQN/ICMS, tomando como norte a literalidade que deriva do art. 110 do CTN."*

5. *"O pendente RE n. 240.785/MG, se, por um lado, tem a força necessária para afastar a tributação vindoura (a partir do trânsito em julgado), não a tem, entretanto, para autorizar pura e simplesmente de já a repetição, dada a potencial modulação temporal pelo STF (art. 27 da Lei n. 9.868/99, c/c RE n. 353.657/PR), reclamando, a possível repetição (restituição e/ou compensação), a conclusão do julgamento paradigma, já, inclusive, por culto ao prévio trânsito em julgado exigido pelos arts. 170-A do CTN e 100 da CF/88, atendida, em reforço de argumento, a prescrição/decadência como elucidada pelo STF (RE n. 566.621/RS)." (AC 0017120-07.2008.4.01.3300/BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.701 de 22/11/2013). No mesmo diapasão: EAC 0000611-94.2005.4.01.3400/DF, Rel. JUIZ FEDERAL RAFAEL PAULO SOARES PINTO (CONV.), QUARTA SEÇÃO, e-DJF1 p.1719 de 05/08/2014.*

6. Por fim, os impostos de responsabilidade do fabricante, como o IPI, fazem parte do preço de venda. Assim, não há como suprimir do preço de venda determinado pelo fabricante, que é o verdadeiro sujeito passivo da obrigação, parcela referente ao recolhimento do IPI. (AC 0000912-16.2007.4.01.4000/PI, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.617 de 20/09/2013).

7. Apelação parcialmente provida. Sentença reformada. Segurança parcialmente concedida.

A requerente assevera que foi reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, mas, "tomando para si o poder privativo do STF previsto no art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, a egrégia 7ª Turma do TRF-1 **modulou** os efeitos do acórdão, de modo que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS somente passou a ser possível após o trânsito em julgado daquela ação".

Por tal fundamento, pede a reforma do acórdão para não condicionar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ao trânsito em julgado da demanda.

Decido.

Nos termos das Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, aplicadas por analogia, não cabe ao Superior Tribunal Justiça conhecer de medida cautelar que tenha por objetivo a concessão de efeito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suspensivo a recurso raro ainda pendente de admissibilidade no Juízo de origem, sendo certo que, nesse caso, a competência para deliberar acerca do pedido cautelar pertence ao Presidente do respectivo Tribunal.

Na hipótese, não há como dar prosseguimento ao pleito, haja vista que ainda se encontra aberto o prazo para a interposição de recurso especial ou extraordinário por parte da Fazenda Nacional, militando, em favor do Poder Público, entendimento segundo o qual a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS (Súmulas 68 e 94 do STJ).

Ademais, não se admite nesta Corte a concessão de medidas cautelares de pretensão antecipatória-satisfativa.

Ante o exposto, nego seguimento à medida cautelar, nos termos do disposto no art. 34, XVIII, do RISTJ.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0192381-4

AgRg na
MC 24.724 / BA

Números Origem: 00002683520094013311 200933110002688 2683520094013311

PAUTA: 01/09/2015

JULGADO: 08/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : MUCAMBO S/A
ADVOGADO : MATHEUS MORAES SACRAMENTO E OUTRO(S)
REQUERIDO : FAZENDA NACIONAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MUCAMBO S/A
ADVOGADO : MATHEUS MORAES SACRAMENTO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.