



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 238/2017 – São Paulo, sexta-feira, 29 de dezembro de 2017

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SECRETARIA DA PRESIDÊNCIA

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (144) Nº 5024905-66.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. Presidência

REQUERENTE: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE PREVIDENCIA COMPLEMENTAR

REQUERIDO: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP, ASSOCIACAO DOS PROFISSIONAIS DOS CORREIOS - NR/SPI

Advogado do(a) REQUERIDO: ADEMAR CYPRIANO BARBOSA - DF23151

D E C I S Ã O

Vistos, despachado em plantão no exercício da Presidência.

Cuida-se de pedido formulado pela “Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC”, com fulcro no art. 4º, §§ 1º e 7º, da Lei nº 8.437/1992, objetivando a suspensão da execução de tutela provisória concedida pelo Juízo da 24ª Vara Federal de São Paulo/SP nos autos da ação civil pública nº 5022835-12.2017.4.03.6100, ajuizada pela “Associação dos Profissionais dos Correios – NR/SPI - ADCAP-SPP” em face da ora requerente, objetivando a declaração da nulidade das Portarias/PREVIC nºs 955/2017 e 956/2017, por meio das quais, respectivamente, foi decretada a intervenção no “Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos – POSTALIS” e nomeado o interventor nessa entidade de previdência fechada.

A decisão ora impugnada considerou presentes os requisitos para concessão da medida de urgência, deferindo-a nos seguintes termos:

“(…)

Ante o exposto, DEFIRO A TUTELA PROVISÓRIA para suspender a eficácia das Portarias PREVIC n. 955/2017 e n. 956/2017, determinando a recondução dos integrantes dos órgãos deliberativos e os administradores do POSTALIS aos respectivos cargos, com a posse daqueles que foram eleitos recentemente.

Sem prejuízo, deverá a PREVIC atuar para orientar a diretoria e os demais órgãos estatutários do Postalís na correção de seus atos.

Intime-se a autora para que se manifeste acerca da preliminar de litispendência e sobre a alegação de litigância de má-fé, no prazo de 15 (...) dias.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal para que atue como fiscal da lei, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985.

Intime-se a ré para ciência e cumprimento imediato da presente decisão, devendo comprovar nos autos em 72 (...) horas, prazo que não se suspenderá durante as férias forenses, a teor do artigo 214, inciso II, do Código de Processo Civil.

Intimem-se, com urgência.”

No presente pedido de suspensão, aduz a “PREVIC” a flagrante ilegitimidade da decisão hostilizada, bem como o grave prejuízo por ela causado à ordem pública, em sua feição jurídica, econômica e, sobretudo, social, alegando, em síntese: **a)** ter sido proferida por Juízo absolutamente incompetente para o julgamento da ação, posto versar esta sobre atos administrativos (Portarias) de abrangência nacional, envolvendo todos os participantes e assistidos do “POSTALIS”, e já terem sido anteriormente ajuizadas outras ações civis públicas com o mesmo objeto e causa de pedir, a primeira das quais perante a Seção Judiciária do Distrito Federal (8ª Vara Federal), a torná-la preventa para todas as ações conexas da mesma natureza; **b)** o perigo de grave lesão à ordem pública causado pela tutela deferida pelo MM. Juízo *a quo* é potencialmente de grande monta, posto que as reservas previdenciárias por ela atingidas são consideradas pela Constituição Federal tema de Ordem Social, e definidas como instrumento da economia popular nacional, e, acaso verificada a bancarrota do “POSTALIS”, o erário será chamado a arcar paritariamente com o déficit; **c)** o decreto interventivo na entidade de previdência complementar “POSTALIS”, encontra-se devidamente amparado pela Lei Complementar nº 109 e fundamentado na Nota nº 1410/2017/PREVIC, que traz numerosa e detalhada exposição dos motivos que deram causa à decisão administrativa, pelo que é de ser suspensa a decisão impugnada sob pena de malferir a ordem administrativa e gerar grave lesão à ordem pública.

Requer, liminarmente, deferimento de efeito suspensivo ao pedido, em caráter de máxima urgência, com fundamento no art. 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/92, ordenando-se imediata suspensão da execução da tutela provisória deferida pelo Juízo *a quo*. E, em caráter definitivo, seja deferido o pedido de suspensão da execução da tutela provisória deferida em primeira instância, para o fito de sustar todos os efeitos da medida impugnada, com vigência até decisão final do processo de origem, nos termos do art. 4º, §§ 1º e 9º, da Lei nº 8.437/92.

Decido.

De acordo com o regime legal da contracautela, a suspensão de ato judicial é dirigida à Presidência dos tribunais e está respaldada no que dispõem as Leis nºs. 8.437/92, 9.494/97 e 12.016/2009, que tratam da suspensão de execução da decisão concessiva de liminar, de segurança definitiva não transitada em julgado ou de tutela antecipada.

O pressuposto fundamental para a concessão da medida suspensiva é a preservação do interesse público ou, em regra, flagrante ilegitimidade, diante de ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O C. Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de admitir como requisitos necessários para a concessão do pedido de suspensão o perigo da demora, constituído este pela grave lesão a um dos quatro requisitos expressos no art. 4º da Lei nº 8.437/92, somados à plausibilidade da tese do requerente (STF, AGSS 846-DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 08.11.96; SS 1.740-BA, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 27.03.2000). Por sua vez, a orientação jurisprudencial é no sentido de que no conceito de ordem pública se compreende a ordem administrativa em geral, vale dizer, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções de Administração pelas autoridades constituídas (Precedente: TFR, Ministro Neri da Silveira, SS nº 4405-SP, DJ 07.12.79).

Presentes, na hipótese, os pressupostos autorizadores da medida de suspensão pleiteada.

No caso em tela, verifica-se a flagrante ilegitimidade da decisão impugnada, derivada da incompetência absoluta do Juízo.

Com efeito, em hipótese análoga, assim decidiu a Presidência desta Corte, *in verbis*:

“Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida em ação civil pública.

É uma síntese do necessário.

‘Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’, diz o artigo 4º, da Lei Federal nº 8.437/92.

No caso concreto, há ‘manifesto interesse público’ e ‘grave lesão à ordem’, a justificar o deferimento do pedido de suspensão.

As requerentes, no exercício de suas atribuições administrativas, estão submetidas a juízo manifestamente incompetente.

A petição inicial da ação civil pública, sob o título “Caracterização do Sistema Cantareira” (fls. 98 verso), esclarece o caráter regional do suposto dano:

"O Sistema Cantareira é um dos maiores sistemas de abastecimento público do mundo, alcança uma área total de aproximadamente 227.950 hectares (2.279,5 Km²) e abrange 12 municípios: Camanducaia, Extrema, Itapeva e Sapucaí - Mirim, Bragança Paulista, Caieiras, Franco da Rocha, Joanópolis, Nazaré Paulista, Mairiporã, Piracaia e Vargem.

Atualmente, o Sistema Cantareira contribui com o abastecimento de 9,75 milhões de pessoas na Região Metropolitana de São Paulo (zonas norte, central, parte da leste e oeste da Capital e nos municípios de Franco da Rocha, Francisco Morato, Caieiras, Guarulhos (parte), Osasco, Carapicuíba, Barueri (parte), Taboão da Serra (parte), Santo André (parte) e São Caetano do Sul), onde situada a Bacia Hidrográfica do Alto Tietê.

Em relação às Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá - PCJ, dependem de tal sistema mais de 05 milhões de pessoas, apresentando como tendência de crescimento demográfico para ano de 2020, cerca de 06 (seis) milhões de habitantes representando cerca de 7% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional. Os Municípios da Bacia do Piracicaba que têm captações de água bruta nos rios que sofrem influência direta das barragens do Sistema Cantareira, são os seguintes: **Rio Jaguari:** Bragança Paulista, Pedreira, Jaguariúna, Hortolândia, Monte Mor, Paulínia e Limeira; **Rio Cachoeira:** Piracaia; **Rio Atibaia:** Atibaia, Jundiá, Itatiba, Valinhos, Campinas e Sumaré; **todos os demais Municípios à jusante**, que sofrem influência das operações das barragens do Sistema Cantareira nas captações dos sistemas de abastecimento público, como é o caso de Piracicaba."

As cidades, as populações, os sistemas ambientais e os interesses jurídicos correlatos abrangidos pelo Sistema Cantareira estão submetidos, em tese, à jurisdição de mais de um juízo federal, inclusive o sediado na Capital deste Estado.

Em casos tais, o legislador procurou evitar a solução da controvérsia a partir da **perspectiva localista**. Se, em tese, é **regional**, o suposto dano, a demanda deve se julgada na Capital do Estado ou no Distrito Federal.

A lei é **literal**. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica.

No REsp 1101057/MT, a Ministra NANCY ANDRIGHI esclareceu a questão. A ementa e, depois, a fundamentação do v. Acórdão:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO REGIONAL. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 93 DO CDC.

1. O art. 93 do CDC estabeleceu que, para as hipóteses em que as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP. Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (inciso II).

2. Na espécie, o dano que atinge um vasto grupo de consumidores, espalhados na grande maioria dos municípios do estado do Mato Grosso, atrai ao foro da capital do Estado a competência para julgar a presente demanda.

3. Recurso especial não provido."

"O legislador consumerista, além de definir a extensão do dano como critério determinante do foro competente, nos moldes do previsto no art. 2º da Lei 7.347/85 (LACP), trouxe resposta para as indagações que versavam sobre situações em que o dano é nacional ou regional, para as quais a Lei de Ação Civil Pública não havia atentado.

Dessa forma, estabeleceu o art. 93 do CDC que, para as hipóteses nas quais as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP. Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (inciso II). Eis o inteiro teor do mencionado dispositivo de lei:

Art. 93 - Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a Justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Nesse contexto, merece consignar-se que, ainda que o mencionado dispositivo de lei esteja localizado no capítulo do CDC referente às ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, a mais abalizada doutrina vem partilhando do entendimento de que sua aplicação se dá de forma mais ampla, como regra de fixação de competência a todas as ações coletivas para defesas de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não somente aos relativos às relações de consumo (REsp 448.470/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/12/2009). Nesse sentido as lições de Ada Pellegrini Grinover (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 894).

Na hipótese em apreço, a ação civil pública foi ajuizada na Comarca de Poconé/MT, tendo o Juízo da Vara única dessa Comarca declinado da competência para uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca de Cuiabá, o que foi mantido pelo TJ/MT em grau de apelação. Compulsando-se os autos, verifica-se que o recorrente insurge-se contra o atual sistema de cobrança do financiamento do projeto de eletrificação rural mantido pela recorrida, que abrange, como consignou o acórdão recorrido, em torno de 95 municípios do Estado do Mato Grosso.

Nessas circunstâncias o suposto dano não é, à evidência, meramente local, pois viola direitos de um vasto grupo de consumidores, espalhados em 95 dos 141 municípios do estado do Mato Grosso (<http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=mt>), o que traduz o vulto do dano e por consequência a necessidade de se concentrar os atos processuais, em especial a produção probatória, no juízo da Capital.

Sublinhe-se, por oportuno, ser certo que um dano regional também será local, contudo, em se tratando de lesão que atinge várias comarcas de um mesmo estado, o legislador optou por atribuir competência absoluta ao juízo do foro da Capital, evitando-se assim a fragmentação da tutela coletiva que seria ocasionada com a possibilidade de ajuizamento de diversas ações tantas quantas forem as comarcas envolvidas.

Nesse contexto, salutar são as considerações de Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561):

Apesar da pouca explicitude do texto, entende-se que a competência só será da Capital do Estado quando os danos a evitar ou reparar extrapolem os limites de uma comarca e cheguem a atingir toda uma região significativa pelo ponto de vista econômico, social ou cultural; seria insensato deslocar a competência para a Capital quando se tratasse de danos bem localizados em poucas comarcas, sem atingir verdadeiramente uma região - caso em que prevalecerão as regras ordinárias.

Por fim, cumpre pontuar que esta Corte - não obstante ter enfrentado diversas vezes a questão relativa à competência para julgar as ações civis coletivas que tratem de dano de âmbito nacional, tendo firmado, para essas hipóteses, o entendimento no sentido de possuírem competência concorrente para processar e julgar ações coletivas o foro das capitais dos Estados-membros e do Distrito Federal (CC 17.533/DF, 2ª Seção. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJe de 30/10/2000; REsp 944.464/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11/02/2009; REsp 712.006/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 24/08/2010; REsp 218.492/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18/02/2002) - teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema trazido pelo presente recurso especial somente em um precedente da 2ª Turma, de relatoria do e. Min. Herman Benjamin, que adotou o mesmo entendimento do qual compartilho. Por elucidativa, transcreve-se a ementa do mencionado julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SERVIÇO DE TELEFONIA. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 2º DA LEI 7.347/1985. POTENCIAL LESÃO A DIREITO SUPRA-INDIVIDUAL DE CONSUMIDORES DE ÂMBITO REGIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 93 DO CDC.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.
2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.
3. O art. 2º da Lei 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.
4. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu - ou possa ocorrer - o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional-, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II).

5. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual.

6. Como, in casu, a potencial lesão ao direito dos consumidores ocorre em âmbito regional, à presente demanda deve ser aplicado o inciso II do art. 93 do CDC, mantido o aresto recorrido que determinou a competência da Vara da Capital - Porto Alegre - para o julgamento da demanda. Precedente do STJ.

7. Recurso Especial não provido. (REsp 448.470/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 15/12/2009)."

Não obstante a afetação de milhões de consumidores, em cidades distintas, inclusive em uma das maiores metrópoles do mundo, a petição inicial da ação civil pública põe grande ênfase no argumento localista:

"Os rios Jaguari e Atibaia, que abastecem diversos municípios das bacias PCJ, ficarão, neste caso, com suas vazões restritas àquelas dos tributários, sem qualquer contribuição da calha principal, afetando o abastecimento público dos municípios e mais de 2.884.757 habitantes. Isso significa o inimaginável: COLAPSO DE ABASTECIMENTO.

Desde o início da transposição do Sistema Cantareira, ou seja, há 44 anos, é relevante frisar, tem sido flagrante o tratamento desproporcional entre as duas Bacias envolvidas (PCJ e ALTO TIETÊ), SENDO IMPOSTO REGIME MUITO MAIS SEVERO E PENOSO ÀS BACIAS PCJ, EM NOME DE UMA SUPOSTA SOLIDARIEDADE HÍDRICA EM RELAÇÃO À REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO.

A fim de manter o desenfreado crescimento populacional da RMSP, que para tanto, lança mão das águas das Bacias PCJ, esta região têm suportado incomensuráveis prejuízos na manutenção de sua sustentabilidade ambiental e em seu desenvolvimento.

E, mesmo nesta crise hídrica severa, que tem recebido o título da pior dos últimos 84 anos, bens e valores têm sido colocados em risco iminente, tais como a qualidade ambiental e de vida da população das Bacias PCJ, que têm que manter o atendimento de sua demanda com miseros 3 m³/s advindos do Sistema Cantareira, sendo evidente que esta vazão descarregada à jusante é absolutamente insuficiente para o atendimento de necessidades mínimas, impondo regime de penúria para esta região.

Constata-se, ainda, que recentemente os órgãos gestores **REDUZIRAM AINDA MAIS A VAZÃO QUE TEM SIDO LIBERADA PARA A BACIA DO PIRACICABA**, descarregando apenas 1,5m³/s, agravando o já crítico cenário de comprometimento da captação, da qualidade da água para abastecimento público e para a manutenção dos ecossistemas aquáticos.

Vale repetir, como já mencionado no **item II - 5 (Vazão de Referência)**, que esta vazão para a **BACIA DOADORA É ABSURDA** à medida que desconsidera integralmente as demandas existentes, impondo **impraticáveis restrições a todos os usos, desrespeitando a vazão máxima outorgável.**

Vale lembrar que, além do não atendimento da vazão de referência, mencionada no item II, 5, a Nota Técnica da Resolução ANA/DAEE nº 428/2004 (DOC. 13-A) já reconhecia há mais de 10 (dez) anos que *'...No documento 'Recomendações para o estabelecimento das condições para concessão da outorga', aprovado através da Deliberação Conjunta dos Comitês PCJ nº 007/04, de primeiro de junho de 2004, que é apresentado no Anexo A-III, É RECOMENDADO QUE AS VAZÕES MÍNIMAS LIBERADAS PELO SISTEMA CANTAREIRA PARA A BACIA DO RIO PIRACICABA VARIEM ENTRE 4 M³/S, EM 2004, ATÉ 7M³/S, EM 2010 ...' (destacamos).*

Conforme tem sido noticiado na Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico - CT-MH dos Comitês PCJ, pelo Consórcio PCJ, bem como por toda a imprensa regional, são inúmeras as dificuldades de captação enfrentadas nas Bacias PCJ para o abastecimento da população. Para demonstrar com mais clareza os inúmeros problemas enfrentados pelos usuários, apresentase em anexo, cópia das ocorrências encaminhadas à Coordenação da CT-MH relativas apenas ao **mês de setembro de 2014**, na 137ª Reunião Ordinária da Câmara Técnica de Monitoramento Hidrológico e do GT - Cantareira ocorrida em 30 de setembro de 2014 (DOC. 18-B).

Ademais, é inafastável a conclusão de que **AS VAZÕES OUTORGADAS À SABESP EM 2004 NÃO SÃO MAIS POSSÍVEIS DE SEREM ASSEGURADAS, SEM PREJUÍZO DA DISPONIBILIDADE E DO CONTROLE QUALITATIVO DAS ÁGUAS DAS BACIAS PCJ, IMPONDO A SUSPENSÃO DA OUTORGA ATÉ O LIMITE QUE NÃO PREJUDIQUE A BACIA DOADORA (PCJ)**

A Agência Reguladora ARES - PCJ informou no Ofício DE nº 284/2014 (DOC. 08), que:

"Os prestadores dos serviços de saneamento de todos os municípios regulados pela ARES-PCJ, principalmente os que possuem mananciais superficiais, tiveram problemas e dificuldade de captação de água, decorrentes das baixas vazões verificadas nos rios das bacias PCJ."

(...) A baixa vazão dos rios tem causado vários problemas aos prestadores dos serviços de saneamento, principalmente para realizar a captação e a tratabilidade da água, em face ao baixo nível dos mananciais. Os usuários também sofrem com a descontinuidade no fornecimento de água tratada."

O RACIONAMENTO, TAMBÉM É UMA REALIDADE EM MUITOS MUNICÍPIOS DAS BACIAS PCJ:

'Dentre os municípios regulados pela ARES-PCJ, os que adotaram medidas de racionamento de água tratada foram: Cosmópolis, São Pedro, Valinhos, Vinhedo, Cordeirópolis e Rio da Pedras'

AS MEDIDAS TARIFÁRIAS TAMBÉM TÊM SIDO APLICADAS.

Muitos Municípios aprovaram leis municipais que autorizam multa por desperdício são: Artur Nogueira, Araras, Campinas, Iracemápolis, Leme, São Pedro, Vinhedo, Santa Bárbara d'Oeste, Nova Odessa, Louveira e Valinhos. Em Sumaré existe uma proposta de Lei nesse sentido que ainda não foi votada.

Diante do baixo nível de vazão dos rios nas Bacias PCJ, tem sido verificado o **AUMENTO A CONCENTRAÇÃO DE POLUENTES, PIORANDO, PORTANTO, A QUALIDADE DA ÁGUA A SER FORNECIDA À POPULAÇÃO.**

Tal prejuízo da qualidade acarreta, por conseguinte, maiores gastos e prejuízos financeiros com o tratamento da água, demandando ainda, a necessidade de intenso monitoramento e constante fiscalização para assegurar o atendimento da potabilidade de água, nos termos da Portaria MS 2914/11 que não ocorram riscos à saúde pública, muitos deles sequer dimensionados, decorrentes da grande quantidade de produtos químicos para tratamento necessário.

Sucessivos eventos de mortandades de peixes em diversos locais, com o ocorrido no Rio Piracicaba em 12 de fevereiro de 2014, amplamente noticiado pela imprensa, em virtude do não atendimento de padrões mínimos para a sobrevivência da vida aquática.

Buscando constatar as causas do evento, dentre outras diligências realizadas pelo Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente (GAEMA), **Núcleo PCJ-Piracicaba**, foram ouvidas a Professora Doutora DEJANIRA DE FRANCESCHI DE ANGELIS, Professora Adjunta e Livre Docente pela UNESP-Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro - IB) e a Professora Doutora, MARIA APARECIDA MARIN MORALES, Professora Adjunta e Livre Docentes pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Instituto de Biociências de Rio Claro - IB) e Pesquisadora Nível I do CNPq, nos autos do Inquérito Civil 06/2013-9 (DOC. 22), as quais informaram que:

'...Nas pesquisas que vêm sendo desenvolvidas pelos laboratórios de ecotoxicologia dos Departamentos de Biologia e de Bioquímica e Microbiologia do IB-UNESP - RIO CLARO, nos sistemas hidrológicos das Bacias PCJ, tem sido verificado que, nos períodos de estiagem, há um maior comprometimento do IQA - índice de Qualidade da Água, que pode colocar em risco, tanto a diversidade biológica da região como a saúde pública.

Muitos dos poluentes que contaminam os nossos rios apresentam uma potencialidade de alterar o material genético dos organismos expostos, incluindo o homem, e, conseqüentemente desencadear problemas de saúde crônicas (tais como, alterações nas funções da tireóide, do fígado, d), agudas (tais como intoxicações, alergias, diarreias), degenerativas (Parkinson, Alzheimer etc) e o câncer.

Como amplamente divulgado pela mídia regional, tal impacto foi verificado na última semana, onde foi registrada uma grande mortandade de peixes no Rio Piracicaba. Esta mortandade é um dos aspectos deste colapso, que revela a extrema urgência de tomada de decisões que levem a ações que revertam esta situação de criticidade estamos vivenciando atualmente. Estas ações devem ser praticadas com consciência, responsabilidade e planejamento adequado. Devem, ainda, ser contínuas e, não somente adotadas em caráter emergencial, em momentos de crise.

A mortandade é apenas um dos primeiros indicadores visuais da gravidade da situação, que, se persistir, poderá acarretar em impactos gravíssimos, muitas vezes irreversíveis, inclusive para a qualidade de vida do homem.

Em relação às causas de tal evento (mortandade), infere-se que, certamente decorreu de uma associação de fatores físicos e químicos da água, tais como, alta condutividade, alteração de temperaturas, baixa oxigenação, baixa vazão do Rio Piracicaba e a alta poluição do corpo hídrico.

*Este cenário crítico traz implicações, ademais, de ordem econômica, social, pública, de saúde, de abastecimento e, **principalmente ambiental.** (...)*

Em relação ao Sistema Cantareira, o qual é sustentado por represas pertencentes ao sistema hidrográfico da Bacia PCJ, vale mencionar que possui captação privilegiada, oriunda de locais onde predominam rios de boa qualidade hídrica. Entretanto, nos cursos destes rios, vão sendo incorporadas cargas poluidoras, que comprometem a qualidade das captações a jusante. (...)

A degradação dos corpos d'água por poluentes pode levar também a contaminação dos sedimentos aquáticos. Uma vez que os poluentes atinjam os sedimentos, eles podem ficar retidos nestes compartimentos, que passam a servir como reservatórios dos poluentes lançados na coluna da água.

Os contaminantes presentes nos sedimentos podem permanecer ligados a estes, apresentando concentrações muitas vezes mais altas que as originalmente presentes na coluna d'água.

Os sistemas convencionais não estão sequer preparados para este tratamento diferenciado, principalmente porque os sedimentos podem conter uma grande porcentagem de metais pesados e outros contaminantes perigosos. (...)

Apesar das águas que abastecem os reservatórios do Sistema Cantareira ser consideradas de boa qualidade, elas não estão totalmente isentas de contaminantes' (os grifos foram todos nossos)

No mesmo sentido, as abalizadas declarações da Professora Doutora SILVIA REGINA GOBBO, graduada em Ecologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), mestre em Geologia Regional pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutora em CIÊNCIAS BIOLÓGICAS (ZOOLOGIA) - Museu Nacional UFRJ (2006), sendo docente na UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA, nos cursos de Biologia - Licenciatura e Bacharelado, Química - Licenciatura e Engenharia Civil (DOC. 22-B).

Em razão de requisição do Ministério Público nos autos do Inquérito Civil Nº 006/13, buscando apurar as causas da mortandade de peixes ocorrida na zona urbana de Piracicaba, a CETESB realizou, em 25 de abril de 2014, verificação das 'condições da água do Rio Piracicaba, quanto à vazão, temperatura, pH e oxigênio dissolvido' e, a final, constatou que **'considerando que na última ocorrência de mortandade de peixes, a vazão registrada foi de cerca de 14 m³/s, o oxigênio dissolvido permaneceu por mais de 12 horas com valor inferior a 1 mg/L e a temperatura atingiu 31°C, poderão ocorrer novos episódios de mortandade, caso ocorra piora nas condições do rio diante do prolongamento do período de estiagem.'** (destacamos) (DOC. 19)

Muitas outras peças de informação, extraídas dos autos do Inquérito Civil nº 06/13, se encontram anexas na íntegra dos autos, em mídia digital (DOC. 01), a fim de demonstrar como a área à jusante do Sistema Cantareira (e sua área de influência), têm sido afetadas na preservação e recuperação ecossistemas envolvidos, que estão sendo severamente atingidos com a escassez hídrica nas Bacias do PCJ, além do crítico do abastecimento público e da saúde pública.

Foram encaminhadas, inclusive ao Ministério Público, REPRESENTAÇÕES, MOÇÕES DE APELO, FOTOS DOS IMPACTOS pelos Municípios afetados e outros, solicitando providências.

2. Dos danos ao patrimônio turístico e paisagístico

Devem ser mencionados, neste extenso rol, além dos impactos já mencionados, prejuízos também ao patrimônio turístico e paisagístico, como os que vêm sendo verificados nas cidades de Piracaia e Joanópolis, que são graves, públicos e notórios.

Tais impactos ao patrimônio turístico e paisagístico, bem como aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna têm sido denunciados por entidades daquela região, como a Associação de Amigos de Bairros da Represa do Jaguarí - AAREJA, que reivindicou providências no tocante ao indiscriminado esgotamento dos reservatórios do Sistema Cantareira.

Segundo notícia tal Associação, em razão da construção do Sistema Cantareira em 1966 e dos reservatórios de Jaguarí/Jacareí a partir de 1976, as cidades de Piracaia e Joanópolis passaram por profundas modificações paisagísticas e de suas atividades econômicas, difundidas pelo turismo.

Todavia, o avanço na utilização do volume morto, inclusive por meio de bombas de sucção para captar a água do fundo das represas, tem provocado drástica alteração na atual paisagem dos municípios de Piracaia e Joanópolis, **aniquilando sua principal atividade econômica: o turismo.** Assim, são reivindicadas providências imediatas para que, turismo, que se tornou uma atividade econômica diretamente relacionada às condições geográficas daquela região e depende das características da paisagem para se desenvolver, sofra prejuízos incontornáveis.

Tais danos ao meio ambiente, aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna avançarão à medida que houver a progressiva redução dos níveis dos reservatórios do Sistema Cantareira, assim como ensejar impactos na vida, na saúde e na qualidade de vida das pessoas das regiões envolvidas, motivo pela qual resta evidenciada a necessidade de restrição ao uso do volume morto das represas do Jacareí/Jaguarí e Cachoeira.

3. Dos danos à economia e ao desenvolvimento da região.

Inúmeros usuários privados, públicos e outros segmentos já sentem também os efeitos da redução drástica, sobretudo durante este período crítico de estiagem, das vazões do Sistema Cantareira, podendo gerar conflitos pelo uso dos recursos hídricos entre os diversos setores usuários que tentam garantir, tanto quanto possível, os níveis d'água para retirada atual.

Os diversos setores sentem, ainda, as pressões das potenciais restrições a serem aplicadas, que começam a ser anunciadas e que repercutirão nas BACIAS PCJ."

De outro lado, a r. decisão recorrida, ao analisar **todo** o Sistema Cantareira, firma, **apenas**, "**Conclusão sobre os prejuízos causados ao PCJ**" (fls. 188 verso), nos seguintes termos:

"3.3.1. Conclusão sobre os prejuízos causados ao PCJ

Com o devido respeito às opiniões em contrário, a mim resta bastante claro que o gerenciamento do sistema hídrico paulista vem ocasionando um prejuízo vultoso à **BACIA DO PCJ**.

O quadro de f. 48 demonstra, à saciedade, que o **SISTEMA EQUIVALENTE** vem sofrendo uma redução drástica no volume acumulado nos últimos anos.

Como consta da petição inicial dos Demandantes:

Tais impactos ao patrimônio turístico e paisagístico, bem como aos ecossistemas, em especial à flora e à fauna têm sido denunciados por entidades daquela região, como a Associação de Amigos de Bairros da Represa do Jaguary - AAREJA, que reivindicou providências no tocante ao indiscriminado esgotamento dos reservatórios do Sistema Cantareira.

Segundo notícia tal Associação, em razão da construção do Sistema Cantareira em 1966 e dos reservatórios de Jaguari/Jacareí a partir de 1976, as cidades de Piracaia e Joanópolis passaram por profundas modificações paisagísticas e de suas atividades econômicas, difundidas pelo turismo.

*Todavia, o avanço na utilização do volume morto, inclusive por meio de bombas de sucção para captar a água do fundo das represas, tem provocado drástica alteração na atual paisagem dos municípios de Piracaia e Joanópolis, **aniquilando sua principal atividade econômica: o turismo**. Assim, são reivindicadas providências imediatas para que, turismo, que se tornou uma atividade econômica diretamente relacionada às condições geográficas daquela região e depende das características da paisagem para se desenvolver, sofra prejuízos incontornáveis. (f. 100 - grifos no original).*

Não é necessária qualquer expertise para se ponderar que a condução da política hídrica paulista causa prejuízos de toda a sorte para a região. Neste sentido, aliás:

Um dos grandes desafios atuais é o de garantir a sustentabilidade do crescimento das cidades, conciliando o desenvolvimento econômico e social, com o processo de urbanização desordenado que atinge as cidades do Brasil. Devido a este processo de crescimento desenfreado surge uma maior necessidade de serem adotadas políticas públicas em consonância com o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, notadamente quanto à concretização de direitos humanos básicos de infra-estrutura, como saneamento básico ou ambiental e obras de drenagens.

A ausência de políticas públicas de infra-estrutura faz com que os recursos naturais, principalmente, os hídricos sejam degradados, pela poluição dos lençóis freáticos, causando sérios transtornos para toda a coletividade, com danos à saúde pública de uma maneira generalizada.

Essa preferência em preservar a economia paulistana em detrimento do interior do próprio estado, com todas as vênias, não se coaduna com o primado da isonomia que deve servir de norte ao administrador público."

Houve violação à norma especial de competência, com a adoção de perspectiva hermenêutica que ela procura evitar.

Em 28 de agosto último, **pelo mesmo fundamento**, a pedido da União - com base nas informações do Ministério de Minas e Energia e do Operador Nacional do Sistema Elétrico -, determinei a suspensão de tutela antecipada concedida em ação civil pública instaurada para obter a paralisação das atividades da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira (SLAT nº 2014.03.00.021214-0).

As decisões da Presidência - esta e a do último dia 28 de agosto, acima citada - estão alinhadas com a jurisprudência deste Tribunal Federal, cujo veto ao **ilegal** processamento de ações civis públicas fundadas em **perspectiva localista**, direcionadas a juízos **manifestamente** incompetentes - **inclusive em ato de usurpação da competência do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal** -, tem sido afirmado, sempre e reiteradamente, por **unanimidade**. Confira-se:

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COM OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).
2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.
3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.
3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.
4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo
5. A invocação de fundamento fático relacionado à "omissão de informações claras", por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.
6. Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.
7. É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto "caos aéreo" encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.
8. Ciente da grave realidade representada pela "plantação de fatos", nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: "Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele".
9. A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

10. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0021751-43.2008.4.03.0000, ReL. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2011 PÁGINA: 855).

DIREITO CONSTITUCIONAL - "APAGÃO" - ENCARGOS TARIFÁRIOS - MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 2148-1 E 14/01, COM A LEI DE CONVERSÃO Nº 10.438/02 - JULGAMENTO DAS QUESTÕES NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADC 9, COM EFICÁCIA VINCULANTE, E RE 576189, NO SISTEMA DA REPERCUSSÃO GERAL - AJUIZAMENTO SUCESSIVO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, COM FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO STF - EFICÁCIA VINCULANTE TRANSCENDENTE DA MOTIVAÇÃO NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF - TERCEIRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CUJO OBJETO EMBARAÇA OU DIFICULTA A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO STF - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, PELO RELATOR, NO TRIBUNAL, POR FORÇA DO EFEITO TRANSLATIVO DE RECURSO.

1. As decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante e repercussão geral, não podem ser embaraçadas ou dificultadas pelo ajuizamento sucessivo de ações civis públicas.

2. É de nenhuma relevância, para tal efeito, que os fundamentos aceitos, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, constituam, para a Procuradoria da República, "decisão mais política que jurídica", avaliação operada, em uma das três ações civis públicas, em nota de rodapé.

3. A fundamentação exposta em decisão adotada no âmbito do controle de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, tem eficácia vinculante. Precedentes do STF.

4. Extinção sumária da terceira ação civil pública, diretamente no Tribunal, por decisão monocrática do Relator, de ofício, no âmbito do efeito translativo de recurso, cujo exame fica prejudicado.

5. Agravo improvido pelo Colegiado.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0004747-22.2010.4.03.0000, ReL. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 04/08/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/08/2011 PÁGINA: 587).

SISTEMA CANTAREIRA - AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP), CUJA PETIÇÃO INICIAL, EM 137 LAUDAS, COM FUNDAMENTO NA BÍBLIA, EM POESIA E EM DEZENAS DE DISPOSITIVOS LEGAIS, FORMULA, EM 30 PÁGINAS, DEZENAS DE PEDIDOS TUMULTUÁRIOS, IMPOSSÍVEIS OU CATASTRÓFICOS - INÉPCIA MÚLTIPLA, AMPLA E RADICAL: INSANÁVEL - AUTORA DA ACP QUE TEM A PRETENSÃO DE REPRESENTAR A TUDO E A TODOS, DENTRO E FORA DO MUNICÍPIO, INCLUSIVE O PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO, POR SIMPLES COOPTAÇÃO ESTATUTÁRIA: OFENSA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE OUTROS 57 MUNICÍPIOS: ABUSO DE REPRESENTAÇÃO - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO.

1. José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as "disfunções do mecanismo judiciário", "no tocante à condução do processo", "a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível" ("Sobre a "participação" do Juiz no processo civil", em "Participação e Processo", pág. 383, Edít. RT, edição 1.988).

2. O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de interesse geral e os Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são convocados ao exercício desta prerrogativa. Artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

3. No caso dos Tribunais, em particular, se a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o efeito translativo. Precedente do STJ: REsp 609144 - Ministro Teori Albino Zavascki, Relator.

4. Entidade autora da ação civil pública que tem a pretensão de representar a tudo e a todos, na área de sua "jurisdição", integrada, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário, através de simples cooptação estatutária, em ato de manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito.

5. O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico. Precedente: ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora.

6. Ação civil pública aparelhada em dezenas de pedidos tumultuários, desconexos, laudatórios e, até, catastróficos, como é o caso da "não abertura das comportas do Sistema Cantareira quando da época das cheias", com potencial repercussão trágica sobre uma das maiores concentrações populacionais do mundo.

7. Extinção da ação civil pública, de ofício, pela via do efeito translativo, prejudicado o agravo de instrumento.

TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0080242-48.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 09/06/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2011 PÁGINA: 714).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO, PELA VIA JUDICIAL, DE REGULAMENTO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL SOBRE CUSTÓDIA DE VALORES - ÂMBITO NACIONAL - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO LOCAL - FALTA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO ÓRGÃO DE EXECUÇÃO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DE OFÍCIO.

1. A ação civil pública tem, por objeto, no âmbito do Banco Central do Brasil, a superação do Título 4, Capítulo 3, do Regulamento BACEN, sobre custódia de valores e a imposição, via decisão judicial, de nova sistemática, nos termos da proposta do subscritor da petição inicial.

2. O dano descrito na petição inicial é nacional, porque o procedimento de custódia de valores é aplicável a bens apreendidos em todo o território brasileiro, sendo certo, ainda, que as normas disciplinadoras correlatas são válidas para todas as unidades administrativas do Banco Central do Brasil.

3. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, impede, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva radical da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

4. Aparente legalidade do Regulamento do BACEN, cuja sujeição a incidentes não autoriza a extração de cópias, para o órgão de execução do Ministério Público dotado de atribuição legal.

5. Reconhecimento da incompetência absoluta do digno Juízo de 1º grau, de ofício. Processo extinto sem a resolução do mérito. Agravo de instrumento prejudicado. Agravo regimental da Procuradoria Regional da República não conhecido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0001167-47.2011.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 04/08/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/08/2011 PÁGINA: 854).

Por estes fundamentos, determino a suspensão da tutela antecipada concedida na ação civil pública mencionada na petição inicial.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.”

(SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 0026249-75.2014.4.03.0000/SP, RELATOR Desembargador Federal Presidente FABIO PRIETO, d.16.10.214, DJE 17.102014)

In casu, incontestável a abrangência nacional da temática da ação civil pública originária, dada a vinculação do “POSTALIS” à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública integrante da Administração Federal que opera o monopólio constitucional da União sobre o serviço postal (art. 21, X, da CF/1988).

Tanto que, conforme noticiado e demonstrado pela requerente, foram ajuizadas em diversas unidades da Federação outras ações, da mesma natureza e com o mesmo objeto daquela que originou a presente demanda, perante Seções Judiciárias pertencentes a Regiões distintas da Justiça Federal.

Tratando-se de ação civil pública, impõe-se a aplicação do art. 2º, § único, da Lei nº 7.347/1985, *in verbis*:

“Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.”

A competência desse modo fixada é absoluta, atraindo para o juízo prevento a competência para o processamento e julgamento de todas as ações civis públicas conexas, ajuizadas posteriormente.

Assim, por força do citado dispositivo, entre as ações mencionadas pela ora requerente, a que primeiro foi ajuizada gerou para o respectivo Juízo a competência para as demais causas sobre a mesma matéria.

A esse respeito, clara e insofismável a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, expressa nos julgados a seguir:

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS PROMOVIDAS CONTRA A ANEEL. DISCUSSÃO ACERCA DA METODOLOGIA DE REAJUSTE TARIFÁRIO. LEI Nº 7347/85. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONEXÃO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que "havendo causa de modificação da competência relativa decorrente de conexão, mediante requerimento de qualquer das partes, esta Corte Superior tem admitido a suscitação de conflito para a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas conjuntamente (simultaneus processus) e não sejam proferidas decisões divergentes, em observância aos princípios da economia processual e da segurança jurídica".

2. No presente caso, trata-se de conflito positivo de competência proposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL em face do Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais e outros, em demandas de índole coletiva, cujo objeto é a discussão da metodologia de reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002 às concessionárias de distribuição de energia elétrica. Nessa linha, verificando-se que nas ações há as mesmas alegações (ilegalidade do reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002), aplicáveis a todas as concessionárias, é imperioso que se dê uma única solução para todas.

3. Conforme dispõe o art. 103 do CPC, reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto e a causa de pedir; como no presente caso. A conexão (relação de semelhanças entre as demandas), com o intuito de modificação de competência, objetiva promover a economia processual e a evitar decisões contraditórias.

4. O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública) prevê uma hipótese de conexão em ações coletivas: "A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto".

5. Havendo na Lei de Ação Civil Pública norma específica acerca da conexão, competência e prevenção, é ela que deve ser aplicada para a ação civil pública. Logo, o citado parágrafo substitui as regras que no CPC definem a prevenção (artigos 106 e 219).

6. A competência na ação civil pública é absoluta (art. 2º da Lei nº 7347/85). A conexão, em regra, só pode modificar competência relativa. O parágrafo único do referido dispositivo criou uma conexão que permite alterar a competência absoluta, ensejando a reunião dos processos para o julgamento simultâneo. Porém, tal parágrafo se mostra incompatível com o art. 16 da Lei nº 7347/85.

7. No presente caso, há ações civis públicas conexas correndo em comarcas situadas em estados diversos, surgindo um problema: como compatibilizar o art. 2º, parágrafo único, e o art. 16 da Lei nº 7347/85, que restringe a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia restrita à jurisdição do órgão prolator da decisão? Nessa situação, concluímos que a regra do artigo 16 aplica-se apenas aos casos de ações conexas envolvendo dano de âmbito regional.

8. Quando as ações civis públicas conexas estiverem em trâmite em comarcas situadas em estados diversos, busca-se a solução do Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelecido no art. 21 da Lei de Ação Civil Pública.

9. Não pode haver dúvidas de que a questão tratada no presente conflito tem abrangência nacional. O reajuste tarifário aplicado pela ANEEL desde 2002 às concessionárias de distribuição de energia elétrica é único para todo o país. Qualquer decisão proferida nos autos de uma das demandas ora reunidas afetará, indistintamente, a todos os consumidores dos serviços de energia, em todo o país, dada a abrangência nacional destes contratos.

10. Reconhecida a abrangência nacional do conflito, cumpre definir o juízo competente, destacando-se que, ante o interesse da ANEEL no pólo passivo de todas as demandas, a competência é, indubitavelmente, da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição Federal).

11. Em razão do disposto no artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor; tendo em vista sua comodidade na defesa dos interesses transindividuais lesados e o mais eficaz acesso à Justiça, uma vez que "não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal" (CC 17533/DF, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/09/2000, DJ 30/10/2000, p. 120).

12. No presente caso, como já visto, o dano atinge todo país, tendo sido apresentadas várias ações idênticas em foros concorrentes (Capitais de Estados e Distrito Federal). Dessa forma, a prevenção deverá determinar a competência.

12. Pela leitura do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7347/85 deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações o juízo a quem foi distribuída a primeira ação (CC 22693/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/1998, DJ 19/04/1999). Assim, como a primeira ação coletiva foi proposta pela Associação de Defesa de Interesses Coletivos - ADIC, em 20.10.2009, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, esta é a competente para o julgamento das demais causas.

13. Salienta-se que, conforme informações de fls. 3174, a Ação Civil Pública n.º 2009.38.00.027553 - 0, que tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, foi julgada extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, com recurso pendente de julgamento no TRF da 1ª Região.

14. Conforme enunciado Sumular 235/STJ "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado". Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado.

15. Conflito conhecido para declarar a competência da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais."

(STJ, CC 126.601/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 05/12/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PROPOSTAS EM JUÍZOS DIFERENTES, COM A PRETENSÃO DE ANULAR ATOS RELATIVOS AO PROCEDIMENTO DE PRIVATIZAÇÃO DAS EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS LIGADAS AO SISTEMA TELEBRÁS. COMPETÊNCIA.

1. Em se tratando de ações civis públicas intentadas em juízos diferentes, contendo, porém, fundamentos idênticos ou assemelhados, com causa de pedir e pedido iguais, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações, pelo fenômeno da prevenção, o juízo a quem foi distribuído a primeira ação.

2. A interpretação das regras sublimadas pelo ordenamento jurídico deve homenagear a forma sistêmica de se compreender as mensagens postas pelo legislador nos dispositivos legais elaborados e impor efetiva segurança quando da aplicação das referidas regras positivadas.

3. As regras de competência para o processamento e julgamento das ações civis públicas devem fixar princípios que evitem, ao serem decididos, situações conflitantes quando elas expressarem pretensão sobre determinado objeto, com base em fundamentos, causas de pedir e pedidos idênticos.

4. Conflito, no caso, conhecido para determinar-se o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, a quem foi distribuída a primeira ação visando a anular atos vinculados aos procedimentos licitatórios para a privatização das empresas públicas vinculadas ao sistema Telebrás, como sendo o competente para processar e julgar as ações civis públicas com o mesmo objeto, intentadas em juízos diferentes.

(STJ, CC 22.693/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/1998, DJ 19/04/1999, p. 71)

Consoante comprovado pela requerente, foi ajuizada na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em 01/11/2017, a ação civil pública com pedido de tutela de urgência nº 1015119-08.2017.4.01.3400, tendo por objeto precisamente a declaração de nulidade das Portarias/PREVIC nºs 955/2017 e 956/2017.

A ação, com o mesmo objeto, da qual se originou o presente pedido, por outro lado, foi proposta somente em 07/11/2017.

Por conseguinte, manifesta a incompetência absoluta do Juízo prolator da decisão aqui objurgada.

Ora, pressuposto inarredável da legitimidade de qualquer provimento jurisdicional é a competência do juízo, sob pena de vulneração da ordem jurídico-processual, indissociável da ordem pública.

Ademais, a inobservância da regra de competência e da consequente necessidade de reunião dos feitos conexos sob a direção do mesmo juízo, para julgamento conjunto, traduz evidente risco de proliferação de decisões conflitantes, com potencial dano à segurança e à ordem jurídicas, bem como à própria ordem administrativa, que, frise-se, compõem o conceito mais amplo da ordem pública, em consonância com a jurisprudência do Excelso Pretório.

Confira-se, nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR: LIMINAR. Lei 8.437, de 30.06.92, art. 2º e art. 4º, § 4º, redação da Med. Prov. 1.984-19, hoje Med. Prov. 1.984-22. ORDEM PÚBLICA: CONCEITO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: C.F., art. 37. ECONOMIA PÚBLICA: RISCO DE DANO. Lei 8.437, de 1992, art. 4º. I - Lei 8.437, de 1992, § 4º do art. 4º, introduzido pela Med. Prov. 1.984-19, hoje Med. Prov. 1.984-22: sua não suspensão pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.251-DF, Ministro Sanches, Plenário, 23.08.2000. II - Lei 8.437, de 1992, art. 2º: no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Liminar concedida sem a observância do citado preceito legal. Inocorrência de risco de perecimento de direito ou de prejuízo irreparável. Ocorrência de dano à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-processual e jurídico-administrativa. III - Princípios constitucionais: C.F., art. 37: seu cumprimento faz-se num devido processo legal, vale dizer, num processo disciplinado por normas legais. Fora daí, tem-se violação à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e jurídico-processual. IV - Dano à economia pública com a concessão da liminar: Lei 8.437/92, art. 4º. V - Agravo não provido.”

(STF, Pet 2066 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2000, DJ 28-02-2003 PP-00007 EMENT VOL-02100-01 PP-00202)

Outrossim, resta demonstrado na hipótese dos autos a ocorrência da alegada grave lesão à ordem pública, econômica, administrativa e social.

Os documentos juntados pela requerente dão conta de que as apurações e investigações, administrativa e criminal, em andamento apontam para novos indícios de mais lesões perpetradas contra o fundo de previdência complementar dos empregados dos Correios, que poderão acarretar prejuízo da monta de vários bilhões de reais ao erário público.

Como bem assinalado pela peticionária, *in verbis*:

“De fato, a poupança previdenciária que está sendo recomposta pelo esforço da Previc, dos participantes e assistidos e do patrocinador público, que estavam trabalhando num esforço de recuperar em R\$ 6 bilhões o déficit ocasionado justamente pelos problemas de governança interna do Postalís e de malversação desse montante de dinheiro que visa ao pagamento de aposentadoria e pensões, vê-se destruído pela tutela concedida.

Apesar de a Previc ter sancionado diversas condutas em mais de 40 processos disciplinares contra os gestores privados do Postalís, nesse momento, motivou a intervenção a prática reiterada de novos comportamentos infracionais perpetrados por dirigentes.”

Cabe considerar, ainda, que o perigo na demora seria inverso, uma vez que a não suspensão da decisão impugnada possivelmente acarretará os prejuízos econômicos e sociais acima apontados.

Assim, presentes os requisitos legais previstos no § 7º, do art. 4º, da Lei nº 8.437/92, impõe-se a suspensão da tutela provisória concedida pelo Juízo da 24ª Vara Federal de São Paulo/SP nos autos da ação civil pública nº 5022835-12.2017.4.03.6100.

Ante o exposto, defiro liminarmente a suspensão pleiteada.

Comunique-se e cumpra-se imediatamente.

Intime-se.

São Paulo, 27 de dezembro de 2017.

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024797-37.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: SUL AMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO CHAGAS CORREA DA SILVA - MS5871

AGRAVADO: LUIZ BULHOES, JOSE BENEDITO DOS REIS, ANTONIO ALFREDO DO NASCIMENTO, VERA LUCIA DA SILVA, CLAUDIO EUGENIO MARCHEZIM, THIAGO LUIZ IECHES, JOSE DIAS, JAQUELINE CLERICE CABRERA, SANDRA REGINA DE SOUSA, LOURIVAL LOURENCO DA CUNHA, JOSE CARLOS FERREIRA PORTO, MARCOS ANTONIO SOARES, ANTONIO BENEDITO PRETTE, CLAUDETE APARECIDA DOS SANTOS LOCATELLI, VALDIRENE CRISTINA DE OLIVEIRACARDOSO, BENEDITO MARQUES DA SILVA, ELENITA AMORIM GUERRA, JOAO BATISTA DIAS, JOSUE BULHOES, ANTONIO ELEUTERIO ALBERTO, JOSE CARLOS SOARES DOS SANTOS, ORLANDO LOPES DOS SANTOS, LUZIA DE FATIMA MARTINS, SONIA MARIA RISSATO, AMARILDO JOSE ROSA

DESPACHO

Vista à parte agravada para apresentação de contraminuta ao recurso.
Após, conclusos.

São Paulo, 21 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024797-37.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: SUL AMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO CHAGAS CORREA DA SILVA - MS5871

AGRAVADO: LUIZ BULHOES, JOSE BENEDITO DOS REIS, ANTONIO ALFREDO DO NASCIMENTO, VERA LUCIA DA SILVA, CLAUDIO EUGENIO MARCHEZIM, THIAGO LUIZ IECHES, JOSE DIAS, JAQUELINE CLERICE CABRERA, SANDRA REGINA DE SOUSA, LOURIVAL LOURENCO DA CUNHA, JOSE CARLOS FERREIRA PORTO, MARCOS ANTONIO SOARES, ANTONIO BENEDITO PRETTE, CLAUDETE APARECIDA DOS SANTOS LOCATELLI, VALDIRENE CRISTINA DE OLIVEIRACARDOSO, BENEDITO MARQUES DA SILVA, ELENITA AMORIM GUERRA, JOAO BATISTA DIAS, JOSUE BULHOES, ANTONIO ELEUTERIO ALBERTO, JOSE CARLOS SOARES DOS SANTOS, ORLANDO LOPES DOS SANTOS, LUZIA DE FATIMA MARTINS, SONIA MARIA RISSATO, AMARILDO JOSE ROSA

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, *caput*, da Ordem de Serviço nº 02/2016, da Presidência da Primeira Turma, abra-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019227-70.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: FEDERAL DE SEGUROS S/A EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSEMAR LAURIANO PEREIRA - RJ132101
AGRAVADO: FAUSTINO ROSA DELGADO
Advogado do(a) AGRAVADO: KIM HEILMANN GALVAO DO RIO APA - SC4390

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, *caput*, da Ordem de Serviço nº 02/2016, da Presidência da Primeira Turma, abra-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 21 de dezembro de 2017.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020228-90.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE SERVICOS TOXICOLOGICOS DE LARGA JANELA DE DETECCAO
Advogados do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE FERREIRA KINGSTON - RJ103458, ELIANA DA COSTA LOURENCO - RJ51575, BRUNO LOURENCO BARBOSA - RJ201480
AGRAVADO: SINDICATO DAS EMPRESAS DE LIMPEZA URBANA NO EST S PAULO, SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE LIMPEZA URBANA - SELURB, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVADO: VERA LUCIA DOS SANTOS MENEZES - SP7556600A
Advogado do(a) AGRAVADO: VERA LUCIA DOS SANTOS MENEZES - SP7556600A

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Associação Brasileira de Provedores de Serviços Toxicológicos de Larga Janela de Detecção – ABRATOX em face de decisão que deferiu tutela de urgência, para eximir os associados das entidades nominadas na petição inicial da exigência de exame toxicológico na contratação de motorista profissional.

Sustenta que os fundamentos usados para a suspensão dos efeitos da Portaria MTPS nº 945/2017 não têm pertinência. Explica que os condutores das categorias C, D e E exercem atividade em condições especiais que justificam o tratamento diferenciado, com maior envolvimento em acidentes viários.

Alega que o teste toxicológico na admissão de motorista profissional representa um mecanismo eficaz de prevenção de fatalidades no trânsito, somando-se às medidas de fiscalização. Afirma que as estatísticas já apontam bons resultados na implementação da política pública.

Acrescenta que o credenciamento dos postos de coleta e dos laboratórios de análise envolve a ANVISA, o INMETRO e o DENATRAN e já atingiu nível suficiente para atender toda a demanda.

Requer a antecipação da tutela recursal, a fim de que os empregadores representados pelo Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana no Estado de São Paulo e pelo Sindicato Nacional das Empresas de Limpeza Urbana – SELURB continuem sujeitos ao exame toxicológico nas contratações.

Decido.

Primeiramente, a ABRATOX possui legitimidade recursal, na qualidade de terceiro prejudicado (entidade que reúne laboratórios já credenciados pelo DENATRAN e interessados juridicamente na lide).

Não existem elementos da probabilidade do direito.

Efetivamente os fundamentos usados para a suspensão do exame toxicológico (violação aos princípios da isonomia e da eficiência) não são relevantes: em primeiro lugar, o motorista profissional desempenha uma atividade cujas particularidades (sedentarismo, longas distâncias, periculosidade, remuneração variável à quantidade de transporte) têm estimulado, segundo as estatísticas oficiais, o consumo de substâncias psicotrópicas, causando grande parte dos acidentes nas vias do país.

A situação da categoria (conjuntural e estrutural) justifica uma reação específica do Estado, em nome da integridade do trabalhador e dos demais membros da coletividade. Os riscos associados ao transporte profissional devem ser enfrentados por medidas de prevenção especiais, numa manifestação do próprio princípio da isonomia (atividades perigosas e tratamento normativo mais rigoroso).

E, em segundo lugar, o teste toxicológico possui alto grau de eficácia, inibindo o uso de drogas em momentos estratégicos da profissão (habilitação e contratação por empresas) e flagrando aqueles que não puderem iniciar uma abstinência.

A providência, na verdade, se soma aos instrumentos de fiscalização no combate ao consumo de substâncias psicotrópicas na condução de veículos automotores. Ela não aparece como solução única, mas faz parte de um aparato institucional voltado ao aumento da segurança no trânsito.

O conflito de interesses traz, porém, uma singularidade que impede a exigência do exame toxicológico na contratação e demissão de empregado.

A regulamentação da profissão de motorista recai sobre categoria econômica específica: transporte rodoviário de passageiros e de cargas. A Lei nº 13.103/2015, na modificação das normas aplicáveis à relação de emprego, cogita apenas daquele segmento (artigo 1º, parágrafo único, I e II).

Quando a Lei nº 12.619/2012, posteriormente revogada por aquela norma, tentou incluir condutores de veículos automotores em outras atividades econômicas – categoria profissional diferenciada –, a Presidência da República vetou os incisos respectivos (artigo 1º, parágrafo único, III e IV).

O teste toxicológico, assim, somente alcança os motoristas profissionais que atuem na categoria econômica do transporte rodoviário. Os que prestam serviços a empregador que não explore o transporte como atividade preponderante não estão sujeitos à habilitação, sob pena de infração ao princípio da legalidade.

Embora devam fazer o exame na obtenção e na renovação da CNH correspondente às categorias C, D e E (artigo 148-A do CTB), estão dispensados da exigência na relação de emprego (artigo 235-A da CLT).

A constatação faz com que a Portaria MTPS nº 945/2017, que prevê o teste toxicológico para condutores de veículos em geral sem ressaltar a atividade preponderante do empregador, deixe de ser aplicável. A ultrapassagem dos limites do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.103/2015 se mostra nítida.

Segundo os autos da ação declaratória, os sindicatos reúnem entidades que se propõem à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos no Estado de São Paulo. Os motoristas de caminhão de lixo exercem o emprego em categoria econômica diversa do transporte rodoviário, prestando serviços que não pertencem à atividade preponderante das empresas. O exame toxicológico perde a exigibilidade.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 300, *caput*, e 1.019, I, do CPC, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Dê-se ciência à agravante.

Intimem-se os sindicatos para o oferecimento de resposta ao agravo.

São Paulo, 28 de novembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024904-81.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: BANCO FATOR S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: CLAUDIO VITA NETO - SP173112, LUCIANA IBIAPINA LIRA AGUIAR - SP205211, ALEXANDRE LUIZ MORAES DO REGO MONTEIRO - RJ152392

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo **Banco Fator S.A.** contra pronunciamento judicial exarado nos autos de mandado de segurança n. 5027478-13.2017.4.03.6100, impetrado contra ato do **Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo**.

O MM. Juiz de primeiro grau houve por bem diferir o exame do pedido de liminar para o momento imediatamente posterior ao da prestação, pela autoridade impetrada, das informações requisitadas.

Segundo Sua Excelência, "a concessão de liminar *inaudita altera parte* é medida que só se justifica nos casos em que a simples espera pela manifestação da parte contrária possa causar perecimento do direito".

De fato, a regra é a da observância do prévio contraditório, abrindo-se exceção quando houver quadro fático de aguda urgência, como tal entendido aquele capaz de produzir, ainda durante o tempo destinado à manifestação do demandado, o dano que se busca evitar.

Ocorre que, no caso concreto, o impetrante busca resguardar-se dos efeitos do artigo 9º da Medida Provisória n. 806/2017, previstos para o início do mês de janeiro de 2018, ainda durante o recesso judiciário e antes do decurso do prazo para a apresentação das informações pelo impetrado.

Assim, afigura-se presente, justamente, a hipótese que, conforme o próprio juízo singular, exigiria a análise do pedido de liminar independentemente da manifestação da parte contrária.

É certo que o impetrante busca, diretamente pela via do agravo de instrumento, o exame, pelo tribunal, do pedido de liminar. A tanto, contudo, não se pode avançar, sob pena de incorrer-se em supressão da instância e em ofensa a regras de competência originária.

Deveras, o único juízo que se pode rever, neste recurso, é o que foi feito a respeito da existência ou não da referida urgência aguda, precisamente porque o juiz natural da causa ainda não deferiu e nem indeferiu o pedido de liminar.

Ante o exposto, defiro em parte o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, ao fim de determinar ao juízo *a quo* que aprecie o pedido de liminar independentemente da vinda das informações do impetrado, assegurando, assim, ao impetrante a obtenção de tempestivo pronunciamento judicial.

Comunique-se ao juízo *a quo*, para pronto cumprimento.

Dê-se ciência ao agravante.

Oportunamente, à conclusão do e. relator sorteado.

São Paulo, 27 de dezembro de 2017.

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024026-59.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ZENILDO BORGES DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GABRIELA BORGES DOS SANTOS - SP361019

AGRAVADO: CHEFE DA AGENCIA DO INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ZENILDO BORGES DOS SANTOS em face da decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar que visava garantir ao impetrante garantido o direito de ser atendido, nos postos do INSS, independentemente de prévio agendamento, bem como de protocolar mais de um requerimento e de extrair cópias independentemente de procuração.

Alega o agravante, em síntese, que a morosidade administrativa não pode ser pretexto para dificultar o livre exercício da advocacia. Sustenta, ademais que tal medida fere diretamente os direitos conferidos ao advogado no exercício e suas funções. Requer seja deferida a tutela provisória de urgência.

É o relatório.

Decido.

A pretensão, nos limites como deduzida, desborda, em parte, da garantia à plenitude do exercício das prerrogativas da advocacia, assumindo fóros de indevido privilégio de atendimento.

Consoante consignado pelo INSS em outros feitos já levados a julgamento nesta Turma acerca da mesma matéria, o atendimento nas Agências do INSS vem sendo feito por meio de sistema informatizado de agendamento eletrônico - SAE -, juntamente com a Central de Atendimento pelo telefone 135, inovação que veio a oferecer, aos seus segurados, condições dignas de atendimento, com hora marcada, para evitar a distribuição de senhas e a formação de filas.

Ademais, a informatização do atendimento vem permitindo tratamento igualitário aos segurados, embora o agendamento se faça com algum prazo de espera em razão da grande demanda e o reduzido número de servidores, mas os efeitos da concessão dos benefícios retroagem à data do agendamento.

Por fim, consta que o atendimento com hora marcada é uma opção do segurado, podendo apresentar-se diretamente na Agência, mas se sujeitando à fila de espera, o que se aplica também aos advogados representantes de segurados.

Como se vê, o agendamento é método adotado pelo INSS para fins de assegurar atendimento digno e isonômico, com dia e hora marcados. Contudo, não diferencia pensionistas, aposentados, despachantes ou advogados.

No desempenho das suas funções administrativas, a Autarquia Previdenciária é pautada pela legalidade.

O Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 -, em seu Artigo 3º, garantiu prioridade na efetivação dos direitos do idoso. Especificamente em relação aos serviços prestados pelos órgãos públicos, o Estatuto assegurou ao idoso, de maneira explícita, atendimento preferencial imediato e individualizado, prioridade esta extensiva à tramitação dos processos e procedimentos na Administração Pública (Artigo 71, § 3º).

Igualmente, a Lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000, cujo Artigo 1º estabeleceu o atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo, impondo seu Artigo 2º a observância obrigatória do atendimento prioritário pelas repartições públicas, "por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e ATENDIMENTO IMEDIATO às pessoas a que se refere o Artigo 1º".

Tais normas de proteção possuem caráter geral, beneficiando indistintamente os segurados do INSS e público em geral que frequentam as Agências da Autarquia e que estejam nas condições de vulnerabilidade nelas previstas, concedendo-lhes atendimento imediato e tratamento prioritário.

Nesse sentido, o pleito da impetrante, visando atendimento imediato e irrestrito, esbarra diretamente nas referidas normas legais de atendimento prioritário, pois seu acolhimento sujeitaria a Autarquia a decidir prioritariamente os requerimentos de benefícios apresentados por advogados, privilégio não contemplado sequer na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Os advogados não detêm prioridade de atendimento sobre aquelas pessoas legalmente beneficiadas por tal preferência, mas tão somente a prerrogativa inscrita no Artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, que dispõe:

"Art. 6º.

(...)

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho."

O dispositivo legal em comento, ao assegurar aos advogados condições adequadas de desempenho da profissão, garante-lhes exatamente isso. Não é a preferência em fila ou não utilização de senhas, mas, condições condignas que não exacerbe e martirize no atendimento perante as Agências do INSS em virtude do exercício de sua profissão.

Possui o INSS a obrigação de conciliar o pleito das apelantes com as normas legais de atendimento prioritário, sem trazer ônus aos advogados no exercício de sua profissão, ou mesmo lhes inviabilizar o acesso à defesa dos beneficiários que optem por nomeá-los.

O Instituto, dentro de seu poder discricionário, deverá estabelecer procedimentos para receber requerimentos dos advogados, de acordo com capacidade operacional do posto de atendimento.

Dessa forma, levando-se em conta que o sistema de agendamento prévio para protocolização do benefício previdenciário foi criado com vistas a agilizar o atendimento ao público e não com o intuito de cercear o direito dos segurados, devem os impetrantes se submeter ao agendamento eletrônico tanto para protocolização dos benefícios previdenciários de seus mandatários, como para pedido de certidões e cópias de processo, independentemente de procuração e direito de vista dos processos administrativos, mediante procuração.

Além do agendamento, de rigor também a senha e a fila para todos, como forma democrática para atendimento dos prioritários, do público e do advogado.

Ante o exposto, **indefiro a tutela de urgência**, consoante fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz a quo.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5021898-66.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

RECORRENTE: BLUE SOL ENERGIA SOLAR LTDA

Advogados do(a) RECORRENTE: CARLOS EDUARDO AMBIEL - SP156645, CLAUDIA ORRICO GUIMARAES - SP386970, ALOISIO COSTA JUNIOR - SP300935

RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo à apelação ajuizado por BLUE SOL ENERGIA SOLAR LTDA em razão da sentença de doc. n. 1367937 que denegou a segurança e julgou extinto o processo com resolução de mérito.

Alega a requerente, em síntese, que há no caso grande probabilidade de provimento do recurso de apelação interposto, vez que o RE 574.706 foi julgado com repercussão geral. Aduz, ainda, que a sentença proferida causa graves danos à apelante na medida em que obriga a mesma ao recolhimento de exação inconstitucional.

É o relatório.

Decido.

Dispõe o art. 1.012 do Código de Processo Civil:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1o Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2o Nos casos do § 1o, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3o O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1o poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4o Nas hipóteses do § 1o, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Nestes termos, quando a sentença revoga tutela anteriormente deferida, é possível suspender a eficácia dela consoante o parágrafo 4º do art. 1.012.

Assim faz-se necessária a demonstração da probabilidade de provimento ou o risco de dano grave.

De fato, há alta probabilidade de provimento do recurso do apelante vez que foi reconhecida a necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS no julgamento do RE 574.706, com publicação do acórdão eletrônico em 02/10/2017 (DJe-223), não existindo qualquer impeditivo à aplicação do mesmo, até porque a regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado.

No que tange ao risco de dano de difícil reparação, tendo em vista o reconhecimento da inconstitucionalidade, mostra-se extremamente prejudicial a obrigação de recolhimento das contribuições com a inclusão do ICMS na base de cálculo, vez que a restituição dos valores desembolsados certamente não ocorrerá de forma célere.

Conforme entendimento dos doutrinadores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, na hipótese de existência de antecipação de tutela deferida anteriormente à sentença a qual não é confirmada pela mesma, o recebimento da apelação no efeito suspensivo não é suficiente para restabelecer a tutela revogada. Nesse sentido:

"(...) Caso, todavia, tenha sido concedida a tutela antecipada e, ao final, extinto o processo sem resolução de mérito ou julgado improcedente o pedido, está automaticamente revogada a medida antecipatória, aplicando-se, no particular; a mesma sistemática do enunciado 405 da Súmula do STF. Nessas hipóteses, a apelação tem duplo efeito, encaixando-se na regra geral do caput do art. 520 do CPC haja vista a falta de previsão legal em sentido contrário. O efeito suspensivo da apelação, nesses casos, não tem o condão de restaurar a tutela antecipada anteriormente concedida."

(DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 5ª ed. Salvador: Juspodium, 2008, volume 3, p. 118)

Acerca da matéria colaciono os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ARRESTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA NA JUSTIÇA FEDERAL. MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA. ADVENTO DA SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ FEDERAL, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E REVOGANDO, ÀS EXPRESSAS, A TUTELA ANTECIPADA.

RECURSO PREJUDICADO, AINDA QUE A APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA A SENTENÇA TENHA SIDO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO.

- Não restabelece a tutela antecipatória, expressamente revogada na sentença de improcedência, o fato de a apelação a ela interposta ter sido recebida nos dois efeitos.

Recurso tido por prejudicado.

(REsp 145676/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 19/09/2005, p. 327)

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. RECEITA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SINDICÂNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO RECEBIDA NA CORTE REGIONAL. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO RESTAURAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA REVOGADA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU NA ESFERA PENAL. REFLEXOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. RESSALVA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A sindicância referida nos autos teve caráter meramente investigativo e preparatório de processo administrativo disciplinar; sendo descabida, portanto, a interrupção do prazo prescricional, conforme a jurisprudência pacífica desta Corte Superior.

2. No caso em exame, a prescrição foi interrompida com publicação de portaria constituindo comissão de inquérito incumbida de apurar as possíveis irregularidades administrativas e disciplinares relacionadas aos atos e fatos atribuídos a servidores da Receita Federal. Precedentes.

3. O prazo prescricional somente voltou a ter curso por inteiro 140 (cento e quarenta) dias após a abertura dos trabalhos da mencionada comissão. Assim, a interrupção da prescrição ocorreu entre 15/02/2002 a 04/07/2002.

4. A contagem do prazo prescricional foi reiniciada em 05/07/2002 e a demissão do impetrante ocorreu em 03/07/2007, resultando que a pretensão punitiva do Estado foi exercida antes de consumir-se a prescrição.

5. O efeito suspensivo da apelação não tem o condão de fazer ressurgir a tutela antecipada concedida no agravo de instrumento julgado prejudicado na Corte Federal, em razão de a ação anulatória ter sido sentenciada.

6. A suspensividade da apelação, prevista no artigo 520 do CPC, refere-se tão somente aos efeitos de uma sentença de procedência do pedido, o que não ocorreu na ação anulatória do impetrante, que teve seu pedido julgado improcedente pelo magistrado a quo.

7. A absolvição do réu, na esfera penal, apenas repercute na esfera administrativa se estiver baseada na negativa da autoria ou na inexistência do fato, hipóteses não configuradas no caso em exame, pois o impetrante foi absolvido por ausência de provas, com base no artigo 386, inciso VII, do CPP.

8. Manutenção do ato atacado, ressalvando-se que o processo administrativo disciplinar motivador da demissão do ora impetrante encontra-se sob análise no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

9. Segurança denegada.

(MS 13.064/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 18/09/2013)

TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO. MÚTUO ENTRE EMPRESAS COLIGADAS. RECEITA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. RECONHECIMENTO NO ENCERRAMENTO DO PERÍODO-BASE. NECESSIDADE. VARIAÇÃO DIÁRIA DA ORTN. EXIGIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. 1. A sentença de improcedência do pedido, ainda que não haja pronunciamento expresso acerca do tema, provoca a revogação da tutela antecipatória deferida e, por conseguinte, faz desaparecer a causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, V, do CTN), que antes beneficiara o contribuinte. 2. O recurso de apelação, mesmo que recebido no efeito suspensivo, não restabelece os efeitos da tutela antecipatória e muito menos se mostra apto a conservar a eficácia de medida revogada. 3. Embora o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 determine que, nas operações de mútuo entre empresas coligadas, a mutuante reconheça, para efeito de determinar o lucro real, pelo menos o valor correspondente à correção monetária calculada pela variação da ORTN, o aludido dispositivo não veiculou qualquer imposição no sentido de que a ORTN deveria ser tomada pelo seu valor mensal, mesmo porque, naquela ocasião, essa era a única forma de divulgação do seu valor. 4. O mútuo entre empresas coligadas representa um direito de crédito para a mutuante e, para fins tributários, pode seguramente ser tratado como aplicação financeira, de modo que não se preste a beneficiar demasiadamente a mutuária em detrimento da arrecadação. 5. A alteração promovida pelo art. 5º do Decreto-lei nº 2.072/83, que introduziu a expressão diária da ORTN para fins de incidência tributária, pode ser exigida na apuração dos valores a serem oferecidos à tributação no encerramento do exercício ou por conta da respectiva quitação, sem representar ofensa aos preceitos invocados pelo contribuinte, por conseguinte, não procede a argumentação no sentido de que o PN/CST nº 10/85 tenha inovado no mundo jurídico e instituído exigência por analogia. 6. Agravo regimental e apelação desprovidos.

O referido entendimento já foi, inclusive, confirmado pelo Órgão Especial deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do Mandado de Segurança nº 0008715-98.2007.4.03.6100/SP, em 09 de junho de 2010:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL REJEITADA. ATO ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA. CASSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA. APELAÇÃO. DUPLO EFEITO. INSUBSISTÊNCIA DA DECISÃO PROVISÓRIA DIANTE DA DECISÃO DE MÉRITO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE.

1. Rejeitada a preliminar de carência de ação, por inadequação da via eleita, pois o objeto do mandado de segurança não é decisão interlocutória proferida em ação judicial, mas o ato administrativo que, embora em decorrência e em suposto cumprimento daquela, segundo alegado na impetração, gerou efeitos concretos e de forma autônoma, com lesão a direito líquido e certo, relacionada à forma de contagem do tempo de contribuição, habilitando, portanto, a solução da lide na via mandamental.

2. Caso em que, porém, o ato administrativo, expedido para fazer cumprir antecipação de tutela, restou atingido, em sua eficácia, por sentença que, no mérito, julgou improcedente o pedido, cassando expressamente a medida anteriormente concedida. O recebimento da apelação, no duplo efeito, não restabelece a tutela antecipada, cassada pela sentença, pois prevalece o juízo de mérito sobre o de mera verossimilhança do direito, de caráter precário e provisório. A insubsistência da causa jurídica determinante do ato administrativo, a que se refere o presente mandado de segurança, atinge o objeto da impetração, que deve, portanto, ser julgado extinto, sem resolução do mérito, por superveniente carência de ação.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

4. Preliminar ministerial rejeitada por maioria, com o acolhimento, por unanimidade, da carência superveniente do direito de ação." (grifei)

Colaciono, por fim, trecho da decisão monocrática proferida pelo I. Des. Johanson Di Salvo, no julgamento do agravo de instrumento nº 0007842-26.2011.4.03.0000, proferida em 08 de abril de 2011:

"Assim, descabido o argumento da agravante com vistas a revigorar tutela antecipada, expressamente cassada e substituída pela sentença de improcedência da ação.

Seria um contra-senso, para não dizer um arrematado absurdo, admitir-se que, após a publicação da sentença que exauriu a matéria posta a deslinde e julgou improcedente o pedido, o mesmo magistrado que entendeu que a parte não tinha o direito postulado restaurasse a antecipação de tutela revogada na sentença mediante a concessão de efeito suspensivo à apelação neste tocante.

Faltaria, no caso presente, o requisito da verossimilhança das alegações ante o juízo exauriente exercido pelo magistrado, que concluiu pela legalidade e aplicação do ato normativo infralegal impugnado.

Na verdade, em última análise a agravante deseja que o MM. Juiz contrarie seu próprio pensamento minuciosamente exposto na sentença de fls. 94/99, convidando-o a proferir decisão "suicida" que anularia os efeitos do ato mais importante do processo que é a sentença.

Esse proceder da parte não merece abrigo por este Relator."

Portanto, embora não seja possível revigorar a liminar anterior, fica impedida de produzir efeitos a sentença proferida no bojo do MS n. 5000398-68.2017.4.03.6102, vez que presentes ambas as circunstâncias requeridas pelo art. 1.012 §4º do Código de Processo Civil.

Ante todo o exposto, nos termos do art. 932, II do CPC, **recebo a apelação interposta nos autos n. 5000398-68.2017.4.03.6102 nos efeitos suspensivo e devolutivo.**

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos, cancelando-se a distribuição.

Publique-se. Intime-se.

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO-UNIFESP em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu o pedido liminar para determinar que a agravante assinasse o contrato de estágio do impetrante imediatamente.

Alega a agravante, em síntese, a inexistência de coação, já que atuou e observou a estrita legalidade. Neste sentido, sustenta que não compete ao Poder Judiciário se imiscuir em decisões administrativas, sob pena de fulminar o princípio da separação de poderes, salvo em flagrante ilegalidade, o que não é o caso dos autos. Aduz ainda que reconhece aos seus alunos e garante a possibilidade de participação em estágio profissional, inclusive desde o primeiro ano letivo, caso em que não participará da relação contratual firmada entre estudante e entidade empregadora, em obediência ao princípio da legalidade. Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Cinge-se a controvérsia em determinar à universidade que providencie a assinatura do Termo de Compromisso de Estágio do impetrante.

Alega o impetrante que ao tentar firmar o contrato de estágio junto ao Banco Bradesco S.A., por meio do Termo de Compromisso de Estágio, o qual necessita da assinatura do responsável pelo estabelecimento de ensino, não logrou êxito no intento, uma vez que, de acordo com regulamento da universidade, o estágio não obrigatório somente poderá ser realizado a partir do final do terceiro período do curso de graduação.

A Lei 11.788/08, que regulamenta a prática de estágio profissionalizante, dispõe o que segue:

"Art. 1º- Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior; de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1o O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2o O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

Art. 2o O estágio poderá ser obrigatório ou não obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso.

§ 1o Estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma.

§ 2o Estágio não obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória.

§ 3o As atividades de extensão, de monitorias e de iniciação científica na educação superior, desenvolvidas pelo estudante, somente poderão ser equiparadas ao estágio em caso de previsão no projeto pedagógico do curso.

Art. 3o O estágio, tanto na hipótese do § 1o do art. 2o desta Lei quanto na prevista no § 2o do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I - matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II - celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III - compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso".

Referida lei, em momento algum faz referência a qualquer critério de *discrimen* que vede o acesso de estudantes a estágios, em virtude do período letivo que cursem, tanto para a modalidade de estágio obrigatório quanto para estágio não obrigatório.

O item 4 do Regulamento de Estágio Não Obrigatório da agravante estabelece que "o estágio não obrigatório somente poderá ser realizado a partir do final do 3o. período do curso de graduação, esteja o estudante cursando o turno integral (8 períodos) ou o turno noturno (8,5 períodos)".

É situação que atinge diretamente o agravado, atualmente cursando o segundo período do curso de Ciências Economias, período noturno, posto que acrescenta conteúdo material à Lei nº 11.788/08, o que viola o princípio da isonomia.

É necessário ressaltar que a autonomia conferida às universidades não é absoluta, não sendo permitido às instituições de ensino criar normas que se sobreponham aos requisitos elencados na Lei nº 11.788/2008 - que dispõe sobre o estágio de estudantes -, criando obstáculos ao direito à educação, constitucionalmente garantido (TRF3, AMS nº 0004237-22.2014.4.03.6126, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, Órgão julgador: SEXTA TURMA, 16/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/04/2015).

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte:

ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. ESTÁGIO. REGULAMENTAÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES FUNDADOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

1. A entidade em tela, Fundação Universidade do ABC, valendo-se da autonomia constitucional a ela garantida, decidiu por criar novos critérios para o exercício do estágio, ao arrepio da legislação de regência, notadamente hostilizando as balizas impostas pela Lei nº 11.788/2008.

2. Precedentes deste Tribunal (decisões exaradas nos AI 2014.03.00.028464-3/SP, Relator Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO, publicada no D.E. 28/11/2014, AI 2014.03.00.019810-6/SP, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA, publicada no D.E. de 29/08/2014 e AI 2014.03.00.022968-1/SP, Relator Juiz Federal Convocado CIRO BRANDANI, decisão publicada no D.E. de 07/10/2014, entre outros).

3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF3, Relatora Des. Fed. Marli Ferreira, 2015.61.26.002497-5/SP).

Recorde-se que o estágio não-obrigatório, previsto no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 11.788/2008, é uma opção do aluno, e não da universidade, constituindo um verdadeiro absurdo a universidade se opor a ele, baseada em números frios, olvidando, em favor da tecnocracia docente, realidades maiores da vida.

Assim, em sede de exame sumário, há de ser mantida a r. decisão recorrida.

Ante o exposto, **indefiro o efeito suspensivo pleiteado.**

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se o agravado para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao MPF.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023282-64.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ROGERIO EDUARDO POLO

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS HENRIQUE MOUTINHO - SP309753

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ROGÉRIO EDUARDO POLO contra a decisão que rejeitou as alegações levantadas em sede de exceção de pré-executividade.

Alega o agravante, em síntese, que a exigibilidade do crédito tributário cobrado na execução fiscal de origem está suspensa em virtude de reclamação apresentada em 22/09/2014. Sustenta, ademais, que a própria agravada admite o sobrestamento do feito e cautela para análise do pedido de revisão dos débitos, revelando a dúvida sobre o montante a ser exigido do agravante. Por fim, afirma que não pode ser punido em função de demora na análise de sua defesa. Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão do efeito suspensivo postulado.

É que não obstante os argumentos do recorrente acerca do direito invocado, fato é que os documentos apresentados, em sede de cognição preliminar, não são suficientes para demonstrar a suspensão da exigibilidade dos créditos exequendos.

Com efeito, como resta evidenciado dos documentos que instruem o recurso, trata-se de créditos tributários constituídos após envio de declaração pelo contribuinte (lançamento por homologação).

Nesse sentido, destaco que em se tratando dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como na hipótese, nos termos do artigo 150 do Código Tributário Nacional, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular 436 do E. STJ: "*A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco*".

Dessa forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa.

Destarte, resta claro que "a reclamação e o recurso de natureza tributária são atos praticados pelo contribuinte na sistemática do processo administrativo de apuração e constituição do crédito tributário", sendo certo que é inviável a atribuição de efeito suspensivo à reclamação protocolada após a constituição definitiva do crédito tributário, já que tal "permitiria que após a finalização do lançamento, pudesse o contribuinte suspender a exigibilidade do crédito com um simples pedido de revisão do lançamento." (REsp 1122887/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010).

Assim, os pedidos de revisão intitulados "reclamações" e protocolados pelo agravante, em sede de cognição prefacial, não têm o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário devidamente constituído, conforme reconhece de modo pacífico a jurisprudência do E. STJ.

Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. POSTERIOR APRESENTAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INCONFORMIDADE COM A COBRANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A pretensão recursal reside no reconhecimento de que a manifestação de inconformidade intentada pela empresa recorrente contra a revisão de saldo de prejuízos fiscais suspende a exigibilidade do crédito tributário como qualquer outra defesa administrativa.

2. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

3. "A leitura do art. 151, III, do CTN revela que não basta o protocolo de reclamações ou recursos; a manifestação de inconformidade ("reclamações" ou "recursos"), para ser dotada de efeito suspensivo, deve estar expressamente disciplinada na legislação específica que rege o processo tributário administrativo. (...) Nesse sentido, a manifestação administrativa (é irrelevante o nomen iuris, isto é, "defesa", "pedido de revisão de débito inscrito na dívida ativa", ou qualquer outro) não constitui "recurso administrativo", dele diferindo em sua essência e nos efeitos jurídicos." (REsp 1.389.892/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 26/9/2013.)

4. No caso dos autos, consignou o Tribunal de origem tratar-se de instituto diverso da compensação disciplinada pelo art. 74 da Lei n. 9.430/96, bem como do processo administrativo-fiscal em sentido estrito previsto no Decreto n. 70.235/72, pois cuida-se de procedimento especificamente deduzido na MP n. 470/09, em relação ao qual não há previsão legal expressa do mencionado efeito.

5. A não impugnação do fundamento central do acórdão atrai a incidência da Súmula 283 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1451443/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014)

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. POSTERIOR APRESENTAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INCONFORMIDADE ("DEFESA", "PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO INSCRITO") COM A COBRANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. OBSTÁCULO AO AJUIZAMENTO E/OU AO PROCESSAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em Agravo de Instrumento, o qual determinou o sobrestamento da Execução Fiscal e a suspensão do registro do nome do devedor no CADIN, por força do art. 151, III, do CTN, até que seja dada resposta ao pedido de revisão do débito inscrito em dívida ativa da União.

3. A sequência cronológica dos eventos é a seguinte: a) notificação da constituição do crédito, por meio editalício, em 1º.4.2003; b) inscrição em dívida ativa em 6.5.2003; c) manifestação de contrariedade, com pedido de cancelamento da inscrição em dívida ativa, em 13.6.2003; e d) ajuizamento da Execução Fiscal, sem resposta ao expediente administrativo, em 1º.12.2003.

4. Na defesa administrativa, que não foi endereçada ao órgão responsável pelo lançamento, mas sim à Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo (órgão competente para efetuar a inscrição em dívida ativa), o recorrido alega: a) decadência para a cobrança da taxa de ocupação em terreno da União; b) nulidade na intimação por edital, pois o recorrido possuía domicílio conhecido pela Receita Federal; c) a certidão emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis de Guarujá, que possui fé pública, comprova que o imóvel pertencia a particular, e não à União; e d) irregularidade na apuração do montante exigível, em razão da ausência de demonstração dos critérios empregados para atualização monetária e da "alíquota incorreta utilizada pelo órgão arrecadador" (fls. 33-39, e-STJ).

5. A leitura do art. 151, III, do CTN revela que não basta o protocolo de reclamações ou recursos; a manifestação de inconformidade ("reclamações" ou "recursos"), para ser dotada de efeito suspensivo, deve estar expressamente disciplinada na legislação específica que rege o processo tributário administrativo.

6. Nesse sentido, a manifestação administrativa (é irrelevante o nomen iuris, isto é, "defesa", "pedido de revisão de débito inscrito na dívida ativa", ou qualquer outro) não constitui "recurso administrativo", dele diferindo em sua essência e nos efeitos jurídicos.

7. Enquanto o recurso é o meio de impugnação à decisão administrativa que analisa a higidez da constituição do crédito - e, portanto, é apresentado no curso do processo administrativo, de forma antecedente à inscrição em dívida ativa, e, por força do art. 151, III, do CTN, possui aptidão para suspender a exigibilidade da exação -, a manifestação apresentada após a inscrição em dívida ativa nada mais representa que o exercício do direito de petição aos órgãos públicos.

8. É essencial registrar que, após a inscrição em dívida ativa, há presunção relativa de que foi encerrado, de acordo com os parâmetros legais, o procedimento de apuração do quantum debeatur.

9. Se isso não impede, por um lado, o administrado de se utilizar do direito de petição para pleitear à Administração o desfazimento do ato administrativo (in casu, o cancelamento da inscrição em dívida ativa) - já que esta tem o poder-dever de anular os atos ilegais -, por outro lado, não reabre, nos termos acima (ou seja, após a inscrição em dívida ativa), a discussão administrativa. Pensar o contrário implicaria subverter o ordenamento jurídico, conferindo ao administrado o poder de duplicar ou "ressuscitar", tantas vezes quanto lhe for possível e/ou conveniente, o contencioso administrativo.

10. Inexiste prejuízo ao recorrido porque a argumentação apresentada após o encerramento do contencioso administrativo, como se sabe, pode plenamente ser apreciada na instância jurisdicional.

11. É inconcebível, contudo, que a Administração Pública ou o contribuinte criem situações de sobreposição das instâncias administrativa e jurisdicional. Se a primeira foi encerrada, ainda que irregularmente, cabe ao Poder Judiciário a apreciação de eventual lesão ou ameaça ao direito do sujeito processual interessado.

12. Recurso Especial parcialmente provido para reformar o acórdão hostilizado em relação ao art. 151 do CTN, ressalvada em favor do recorrido a faculdade de se opor, de acordo com as vias processuais adequadas, à cobrança objeto da Execução Fiscal.

(REsp 1389892/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 26/09/2013)

TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE REVISÃO DO LANÇAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL. SUSPENSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. O simples pedido de revisão que não se qualifique como recurso ou reclamação administrativa, na forma da legislação tributária (art.

151, III, do CTN), não suspende a exigibilidade do crédito, nem, portanto, o prazo de prescrição quinquenal. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 7.925/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/09/2011)

Ante o exposto, **indefiro a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.**

Comunique-se ao Juízo "a quo".

Intime-se a UNIÃO FEDERAL nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do CPC.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024625-95.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: STEEL ROL INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS METALICAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP1533430A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP2466180A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por STEEL ROL INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS METALICAS LTDA. contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão da execução, rejeitando a oferta de bens imóveis de terceiros, sem sua anuência, como garantia da execução e determinou o seu prosseguimento com relação às CDAs não parceladas.

Alega a agravante, em síntese, que houve violação ao princípio da menor onerosidade ao executado, visto que se determinou o prosseguimento da execução fiscal mesmo sem a apreciação da exceção de pré-executividade, além de ter recusado a oferta dos bens imóveis oferecidos, havendo também violação ao princípio da razoável duração do processo. Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão do efeito suspensivo postulado.

É que não obstante os argumentos da recorrente acerca do direito invocado, fato é que os documentos apresentados, em sede de cognição preliminar, não trazem elementos suficientes para formação de juízo seguro a respeito do contexto fático que envolve o caso e da necessidade de reforma da decisão agravada.

Com efeito, a exceção de pré-executividade não possui o condão de suspender o curso da execução fiscal. Destaca-se, nesse sentido, que nem sequer os embargos à execução, que somente podem ser opostos após a garantia do juízo, possuem, como regra, efeito suspensivo.

Por outro lado, cumpre esclarecer que, com efeito, a execução se orienta pelo princípio da menor onerosidade, contudo, sem perder de vista outro princípio de igual importância, no sentido de que a execução se realiza no interesse do credor sendo destacada, em cada caso, a técnica da ponderação dos princípios para se aferir aquele que deva prevalecer. Em outras palavras, não há que se falar em menor gravame sem eficiência da execução. Prejudicada esta, aquele perde o sentido, porque não haveria execução alguma. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua.

Ademais, afiguram-se aparentemente frágeis os argumentos acerca da recusa dos bens ofertados, visto que os imóveis são de propriedade de terceiros e não houve anuência, bem como acerca da verossimilhança a respeito da decadência, visto que se trata de tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do que dispõe a Súmula nº 436 do C. STJ.

Nesse sentido, *prima facie*, verifico que as alegações e documentos que sustentam o recurso não justificam o deferimento da medida pleiteada, ao menos no atual estágio processual.

Ante o exposto, **indefiro a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.**

Comunique-se ao Juízo "a quo".

Intime-se a UNIÃO FEDERAL para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5024633-72.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP1384360A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de recebimento de apelação com efeito suspensivo proposto por NESTLÉ BRASIL LTDA., no qual requer que o recurso de apelação interposto nos autos dos Embargos à Execução n. 0001715-48.2016.4.03.6127, seja recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Alega a requerente, em síntese, que há alta probabilidade de reversão do julgado e que se o recurso de apelação não for recebido no efeito suspensivo, ocorrerão danos irreversíveis com o prosseguimento da execução fiscal.

É o relatório.

O pedido liminar formulado não comporta deferimento.

Dispõe o art. 1.012. do CPC:

“ A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1o Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2o Nos casos do § 1o, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.”

Infere-se, portanto, que a regra é o recebimento da apelação em ambos os efeitos, exceto na ocorrência de uma das hipóteses previstas pelos incisos do referido artigo.

Observa-se que o artigo 1.012 CPC expressamente prevê que a apelação interposta de sentença que julga improcedentes os embargos do executado será recebida apenas no efeito devolutivo.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a apelação interposta contra sentença de improcedência proferida em embargos à execução somente será recebida no efeito devolutivo e, excepcionalmente, no efeito suspensivo quando, relevante o fundamento, houvesse fundando receio de dano irreparável ou de difícil reparação:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO RECEBIDA APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS, ENTENDEU NÃO COMPROVADOS OS REQUISITOS, PREVISTOS NO ART. 558 DO CPC, PARA A CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A Corte de origem, ante a constatação de que a contribuinte não havia comprovado os requisitos, previstos no art. 558 do CPC, manteve a decisão que indeferira a concessão de efeito suspensivo à Apelação, interposta contra a sentença que julgara improcedentes os Embargos à Execução.

II. Nesses termos, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente, relativos à efetiva comprovação da probabilidade de êxito, no julgamento da Apelação, em face do reconhecimento da imunidade tributária em outros processos, bem como da demonstração do dano irreparável ou de difícil reparação, em virtude de ter havido a constrição de bem imóvel no qual seriam ministradas as aulas da instituição de ensino, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 252.255/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA; AgRg no REsp 1.322.549/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/09/2012; AgRg no AREsp 6.501/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/12/2011; AgRg no Ag 1.386.613/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2011.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 543.253/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 10/02/2016)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 544, § 4º, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO RECEBIDA APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. *Em sede de agravo em recurso especial é possível ao relator apreciar e julgar monocraticamente o próprio apelo raro, porquanto o artigo 544, § 4º, do Código de Processo Civil permite o julgamento monocrático do mérito do recurso especial nos autos de agravo nas hipóteses de "recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal".*

2. *A alteração da conclusão adotada pela Corte de origem, segundo a qual a apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os embargos a execução deveria ser recebida apenas no efeito devolutivo, pois não configurada nenhuma excepcionalidade que justificasse o afastamento da regra prevista no artigo 520, V, do CPC, exigiria o reexame do acervo fático constante dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 779.257/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 03/11/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL JULGADOS IMPROCEDENTES. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO NEGADO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, EM RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. No caso, julgados improcedentes os Embargos à Execução, o Tribunal de origem aplicou o art. 520, V, do CPC e negou o efeito suspensivo à Apelação, por entender não demonstrada a necessidade da tutela de urgência requerida, por inexistente risco de dano irreparável e de difícil reparação. Assim, a pretendida inversão do julgado, para conceder-se efeito suspensivo à Apelação, em sede de Recurso Especial, demandaria incursão no conjunto fático-probatório dos autos, inviável, em face da Súmula 7/STJ. Precedentes.

II. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o pedido de efeito suspensivo ao recurso de apelação, nos termos dos arts. 520, inciso V, e 558, ambos do CPC, em face de sentença que julgou improcedentes seus embargos à execução fiscal é medida excepcional, concedida tão somente quando possa resultar lesão grave e de difícil reparação e presentes os pressupostos do fumus boni iuris e periculum in mora. No entanto, a pretendida inversão do julgado para conceder-se o efeito suspensivo ao apelo, demandaria, necessariamente, o reexame do suporte fático-probatório, tarefa inadmissível no âmbito do especial, a teor do disposto na Súmula 7 desta Corte" (STJ, AgRg no Ag 1.386.613/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2011).

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 344.932/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 11/04/2014)

Observa-se no caso em tela que apesar de a execução encontrar-se garantida, eventual conversão em renda só deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 32 da Lei das Execuções Fiscais.

Ademais, em análise sumária, não se demonstrou qualquer equívoco evidente no posicionamento adotado pelo Juízo sentenciante, ou teratologia capaz de justificar a excepcional atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta.

A excepcionalidade, consubstanciada no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a autorizar a concessão de liminar, não restou demonstrada.

O risco com a paralisação da execução, no caso, é do credor, pois amparado em título executivo, onde inclusive já se discutiu sua regularidade/exigibilidade em regular processo de embargos, que resultou em improcedência do(s) pedido(s).

Ante o exposto, indefiro a liminar pleiteada.

Comunique-se ao "juízo a quo"

Intime-se a apelada para que se manifeste.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024460-48.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CARMELO COMERCIAL E REPRESENTACOES LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP1660200A

Vistos.

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao MPF.

Intime(m)-se.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005147-04.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ASSOCIACAO DO ITAQUA GARDEN SHOPPING, TSC ITAQUA SHOPPING CENTER S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: LORENZA SENEM LOPES CANCADO - MG164092, ROBERTA NAZARE MAGALHAES - MG1633840A, JORGE RICARDO EL ABRAS - MG1450490A, ALICE DE ABREU LIMA JORGE - MG1034040A, PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA - MG7042900A, MAURICIO SARAIVA DE ABREU CHAGAS - MG1128700A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LORENZA SENEM LOPES CANCADO - MG164092, ROBERTA NAZARE MAGALHAES - MG1633840A, JORGE RICARDO EL ABRAS - MG1450490A, ALICE DE ABREU LIMA JORGE - MG1034040A, PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA - MG7042900A, MAURICIO SARAIVA DE ABREU CHAGAS - MG1128700A

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ASSOCIACAO DO ITAQUA GARDEN SHOPPING e TSC ITAQUA SHOPPING CENTER S.A., em face da prolação de r.decisão pelo MM. Juízo *a quo*, que indeferiu o pedido liminar formulado nos autos do mandado de segurança (120) Nº 5000860-71.2017.4.03.6119.

Regularmente processado o feito, por decisão proferida nestes autos sob o ID nº. 718787, a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal, restou postergada para após a vinda da contraminuta.

Ocorre que, em consulta ao sistema processual de Primeira Instância disponibilizado a esta E. Corte, verificou-se a prolação de sentença nos autos principais, de modo que resta evidenciada a perda do objeto do presente Recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime(m)-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem para arquivamento.

São Paulo, 12 de Dezembro de 2017.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002254-40.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MALCON METALURGICA LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP2445530A

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da prolação de r.decisão pelo MM. Juízo *a quo*, que deferiu o pedido liminar formulado nos autos do mandado de segurança (120) nº. 50002901820174036109.

Regularmente processado perante esta E.Corte, por decisão proferida em 26/06/17 – ID nº. 734868, foi indeferida o pedido de efeito suspensivo, na qual “*possibilita seja autorizado à agravante a não inclusão do ICMS na base de cálculo para a apuração e o recolhimento do PIS e da COFINS*”.

Ocorre que, consoante o teor das informações anexadas a estes autos sob o ID nº. 752188 e nº. 752198, verificou-se a prolação de sentença nos autos principais, de modo que resta evidenciada a perda do objeto do presente Recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, com fundamento no art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem para arquivamento.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

MARCELO SARAIVA
Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007236-97.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: SUPERMERCADO NEVADA II LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA CRISTINA SILVA - SP2553070A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SUPERMERCADO NEVADA II LTDA, em face da prolação de r.decisão pelo MM. Juízo *a quo*, que indeferiu o pedido liminar formulado nos autos do mandado de segurança (120) nº. 5000182-90.2017.4.03.6140.

Regularmente processado perante esta E.Corte, por decisão proferida em 19/06/2017 – ID nº. 721021, foi deferido o pedido de efeito suspensivo “*para determinar a exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, a serem recolhidos pelo agravante*”.

Ocorre que, consoante o teor das informações anexadas a estes autos sob o ID nº. 929551 e nº. 929553, verificou-se a prolação de sentença nos autos principais, de modo que resta evidenciada a perda do objeto do presente Recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime(m)-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem para arquivamento.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

MARCELO SARAIVA
Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006654-97.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: PARFIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PARAFUSOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: RITA DE CASSIA SALLES PELLARIN - SP3406180A

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face da prolação de r.decisão pelo MM. Juízo *a quo*, que deferiu o pedido liminar formulado nos autos do mandado de segurança (120) nº. 5002286-78.2017.4.03.6100.

Regularmente processado perante esta E.Corte, por decisão proferida em 11/07/2017 – ID nº. 807842, indeferiu o pedido de efeito suspensivo formulado.

Ocorre que, em consulta ao sistema processual de Primeira Instância disponibilizado a esta E. Corte, verificou-se a prolação de sentença nos autos principais, de modo que resta evidenciada a perda do objeto do presente Recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime(m)-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem para arquivamento.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

MARCELO SARAIVA
Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004605-83.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: AUTO POSTO POLI JARAGUA LTDA

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face da prolação de r.decisão pelo MM. Juízo *a quo*, que indeferiu o pedido liminar formulado dos autos do processo originário nº. 50026946920174036100.

Regularmente processado perante esta E.Corte, por decisão proferida em 15/05/17 – ID nº. 608694., foi indeferido o pedido de efeito suspensivo formulado

Ocorre que, consoante o teor das informações anexadas a estes autos sob o ID nº. 805154. e nº. 805194, verificou-se a prolação de sentença nos autos principais, de modo que resta evidenciada a perda do objeto do presente Recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime(m)-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem para arquivamento.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011171-48.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: FRANCISCO JOAO GOMES

AGRAVADO: NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS DO BRASIL TELECOMUNICACOES LTDA., NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS DO BRASIL SERVICOS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE LUIS RIBEIRO BRAZUNA - SP165093

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE LUIS RIBEIRO BRAZUNA - SP165093

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal em face de r.decisão interlocutória proferida pelo MM.Juízo da 22ª. Vara Federal Cível da Seção Judiciária de São Paulo/SP, nos autos da ação mandamental nº. 0002217-34.2017.403.6100.

Alega, em síntese, que o caso sob exame apresenta peculiaridades que devem ser levadas em consideração. Com efeito, a própria Ministra Presidente do c. Supremo Tribunal Federal mencionou expressamente, ao final do julgamento, que há questão ainda pendente de apreciação: o pedido de modulação dos efeitos da decisão, a ser resolvida por ocasião do julgamento de futuros embargos de declaração.

Aduz que o deslinde dessa matéria estava na pendência do julgamento da ADC 18, na qual a questão foi submetida ao c. Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Consequentemente, a decisão a ser proferida na referida Ação Direta de Constitucionalidade n.º 18 terá efeitos vinculantes e *erga omnes*.

É o relatório do essencial.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao Juiz sua decisão.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r.decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade do direito invocado nas alegações da agravante, de modo a justificar o deferimento do efeito suspensivo pleiteado.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de se reconhecer à agravante, antes mesmo da publicação do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706/PR, submetido à sistemática de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, o direito à exclusão da base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e COFINS, de todos os valores relativos ao ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços) e ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza).

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C.STJ no REsp n.º.1.144.469/PR, também submetido à sistemática da repercussão geral, era no sentido de que o tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do c. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE n.º. 574.706/PR sob o rito da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário fixando, sob o tema n.º. 69, a seguinte tese:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."
(Ata de Julgamento n.º. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição n.º. 53, de 17/03/2017)

Desta feita, ainda que não tenha sido lavrado o v.acórdão do referido julgamento, nos termos do disposto pelo parágrafo 11. do artigo 1.035 do atual Código de Processo Civil, é certo que a simples publicação, em ata, da súmula do julgamento do referido recurso, possibilita seja autorizado à agravante a não inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo para a apuração e o recolhimento do PIS e da COFINS.

Ademais, *in casu*, embora não modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade reconhecida, quando se tem em conta que eventual compensação e/ou repetição dos débitos objeto da demanda originária, por força do disposto pelos artigos 170 do Código Tributário Nacional e art. 100 da Constituição Federal, somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da demanda principal, entendo amplamente demonstrado o *periculum in mora*, ao menos para não se compelir a postulante ao pagamento da exação na forma questionada.

Diante do exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se, *com urgência*, o inteiro teor desta decisão ao MM. Juízo *a quo*, nos termos do artigo 1019, I, do Código de Processo Civil, inclusive para que providencie as comunicações e intimações necessárias o seu integral cumprimento.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 1.019, II, do mesmo diploma legal.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023541-59.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: NANDINHO COMERCIO DE COMBUSTIVEIS E LUBRIFICANTES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: VICENTE CALVOS RAMIRES JUNIOR - SP249400

AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCMBUSTIVEIS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por NANDINHO COMERCIO DE COMBUSTIVEIS E LUBRIFICANTES LTDA contra a decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a penhora do veículo de placas EVX 4114.

Alega a agravante, em síntese, que as condições do veículo foram constatadas em duas oportunidades, nas quais não foram identificadas condutas da executada tendentes a deteriorar ou destruir a garantia do Juízo. Sustenta, outrossim, que a sócia da executada assumiu, voluntariamente, o encargo de fiel depositária do bem, mesmo estando desobrigada dessa condição. Requer seja deferida a antecipação da tutela recursal, com a liberação de referido bem.

É o relatório.

Decido.

O artigo 833, inciso V, do CPC/2015 determina a impenhorabilidade dos bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão, *in verbis*:

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

Portanto, nos termos do mencionado dispositivo legal, se a penhora recair sobre determinado bem utilizado na atividade empresarial do executado, de rigor o levantamento da construção. Tal restrição resulta como corolário do princípio da liberdade de exercício profissional (Art. 5º, XIII, da CF). Entretanto, para que faça jus à impenhorabilidade é imprescindível que o executado comprove que efetivamente necessita do bem para seu ofício. Nesse sentido a jurisprudência. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE DE BEM. ART. 649, V, DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ART. 332 DO CPC. PROVA TESTEMUNHAL. OBJEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. 1. As diversas leis que disciplinam o processo civil brasileiro deixam claro que a regra é a penhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração, no caso concreto, de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação, como a do art. 649, V, do CPC, verbis: "São absolutamente impenhoráveis (...) os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão". 2. Cabe ao executado, ou àquele que teve um bem penhorado, demonstrar que o bem móvel objeto de constrição judicial enquadra-se nessa situação de "utilidade" ou "necessidade" para o exercício da profissão. Caso o julgador não adote uma interpretação cautelosa do dispositivo, acabará tornando a impenhorabilidade a regra, o que contraria a lógica do processo civil brasileiro, que atribui ao executado o ônus de desconstituir o título executivo ou de obstruir a satisfação do crédito. 3. Assim, a menos que o automóvel seja a própria ferramenta de trabalho, como ocorre no caso dos taxistas (REsp 839.240/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 30.08.06), daqueles que se dedicam ao transporte escolar (REsp 84.756/RS, Rel. Min. Ruy Rosado, Quarta Turma, DJ de 27.05.96), ou na hipótese de o proprietário ser instrutor de auto-escola, não poderá ser considerado, de per si, como "útil" ou "necessário" ao desempenho profissional, devendo o executado, ou o terceiro interessado, fazer prova dessa "necessidade" ou "utilidade". Do contrário, os automóveis passarão à condição de bens absolutamente impenhoráveis, independentemente de prova, já que, de uma forma ou de outra, sempre serão utilizados para o deslocamento de pessoas de suas residências até o local de trabalho, ou do trabalho até o local da prestação do serviço. 4. No caso, o aresto recorrido negou provimento ao agravo do ora recorrente, porque ele não fez prova da "utilidade" ou "necessidade" do veículo penhorado para o exercício profissional. Assim, para se infirmar a tese adotada no aresto recorrido - de que o recorrente não fez prova da "utilidade" ou "necessidade" do bem penhorado para o exercício de sua profissão - será necessário o reexame de matéria fática, o que é incompatível com a natureza do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. Tendo sido a discussão sobre a impenhorabilidade do bem travada no âmbito da própria execução, por meio de objeção de impenhorabilidade, não cabia, como não cabe, dilação probatória, não havendo que se falar em cerceamento de defesa pela não realização da prova testemunhal. Ademais, se o ora recorrente sabia da necessidade de produzir provas em juízo, deveria ter recorrido da decisão que cancelou a autuação dos embargos à penhora, convertendo-o em objeção de impenhorabilidade inclusa nos próprios autos da execução. Ausência de violação do art. 332 do CPC. 6. Recurso especial conhecido em parte e não provido, divergindo da nobre Relatora. ..EMEN:(RESP 201000983713, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/03/2011 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE HASTA PÚBLICA. REALIZAÇÃO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ARTIGO 649, INCISO V, DO CPC. BEM CONSTRITO (VEÍCULO AUTOMOTOR) NECESSÁRIO OU ÚTIL AO EXERCÍCIO DO OBJETO SOCIAL DA EMPRESA (TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. - Em consulta eletrônica ao andamento processual realizada no site da Justiça Federal - Seção Judiciária de São Paulo, verifica-se decisão com o seguinte teor proferida em 25.03.2015, verbis: "Vistos. Da análise dos autos verifica-se a ocorrência de sucessivos leilões negativos, tendo sido realizadas 02 (duas) ou mais hastas públicas. O insucesso dos certames evidencia o total desinteresse dos licitantes, e a ausência de liquidez dos bens leiloados. Tal situação, contraria frontalmente o caráter instrumental do processo de execução, o qual se traduz na satisfação da pretensão do credor. A repetição de tais leilões, com possibilidades remotas de sucesso, somente onera o aparato judiciário e procrastina demasiadamente o andamento do feito, em evidente prejuízo do(a) próprio(a) exequente. Ante o exposto, indique o(a) exequente, bens outros pertencentes ao(à)(s) executado(a)(s) passível(is) de substituir(em) o(s) atualmente penhorado(s) nos autos, ou promova por outro modo a satisfação do seu crédito, valendo-se, por exemplo, da adjudicação, mormente em face do credenciamento de novos leiloeiros com possibilidade de guarda e remoção de bens, a teor do Ofício GAB/PSFN/LJB/MRA nº 130/2014, de 31/03/2014. Aguarde-se manifestação do(a) exequente nesse sentido, pelo prazo de 30 (trinta) dias, findo o qual, sem manifestação que propicie o efetivo impulsionamento do feito, independentemente de nova intimação, remetam-se os autos ao arquivo por sobrestamento, onde aguardarão provocação. Intime-se." - Destarte, embora infrutíferos, foram realizados dois leilões do bem constrito e, assim, a matéria atinente à suspensão da hasta pública resta prejudicada por ausência superveniente de interesse. - Apesar de não ter sido objeto de apreciação no decisum recorrido, que a deixou de apreciar, a impenhorabilidade absoluta é matéria de ordem pública, razão pela qual deve ser a questão, que foi suscitada no recurso, examinada neste grau de jurisdição. - Dispõe o artigo 649, inciso V, do CPC, verbis: "Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...) V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; (...)" - **Aduz a recorrente que o veículo automotor penhorado é impenhorável, uma vez que constitui instrumento de trabalho indispensável para a execução do objeto da empresa, que é a atividade de transporte. No entanto, a despeito de o objeto social da agravante ser o transporte rodoviário de cargas, não houve comprovação de que as suas atividades estão comprometidas ou na iminência de o ser, em razão da penhora do caminhão. A singela alegação de que o bem constrito é instrumento de trabalho e, portanto, essencial para o desenvolvimento da empresa não lhe atribui a impenhorabilidade absoluta, nos termos do dispositivo anteriormente explicitado - Dessa forma, à vista dos fundamentos e dos precedentes colacionados, justifica-se a manutenção da decisão recorrida. - Agravo de instrumento declarado prejudicado por ausência superveniente de interesse quanto à suspensão da hasta pública e, relativamente à impenhorabilidade do bem, desprovido.**(AI 00280485620144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/01/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGTR. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE AUTOMÓVEL. REPRESENTANTE COMERCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO BEM EM SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL. ART. 649, V, DO CPC. INAPLICABILIDADE. AGTR IMPROVIDO. 1. A decisão agravada, proferida nos autos da execução fiscal de origem, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo ora agravante, por considerar que o excipiente, ora agravante, não comprovou que o automóvel penhorado é por ele utilizado na sua atividade de representante comercial. 2. Nos termos do art. 649, V, do CPC, são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. 3. **O agravante não logrou comprovar que utiliza o automóvel penhorado em sua atividade de representante comercial, não se desincumbindo do ônus da prova (art. 333 do CPC), de maneira que não se faz possível a aplicação do disposto no art. 649, V, do CPC.** 4. A utilização de um automóvel não é inerente à atividade de um representante comercial, como seria caso se tratasse de um taxista, por exemplo, bem como, considerando-se que o referido automóvel encontra-se penhorado desde 27.05.2010, há mais de 5 anos, constata-se que a penhora do mesmo não se constituiu em óbice à continuidade do exercício da atividade pelo ora agravante. 5. AGTR improvido.(AG 00017287520154050000, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::27/08/2015 - Página::35.)

Conforme a jurisprudência colacionada, especialmente na hipótese de veículos automotores, cabe ao executado fazer prova efetiva de que o bem constrito enquadra-se na hipótese de impenhorabilidade. Isso porque não se pode presumi-la, sob o risco de impossibilitar qualquer efetividade na execução.

No caso dos autos, não há qualquer prova que suporte tal fato, na medida em que a agravante não fez qualquer afirmação no sentido de que a penhora do automóvel registrado em seu nome venha a prejudicar o exercício de sua atividade. Tampouco se admite o suprimento *ex officio* desta alegação. Ademais, conforme a própria agravante afirma, o veículo objeto da constrição é destinado a uso pessoal da sócia da executada e de sua família, hipótese não tutelada pela legislação.

Assim, não comprovado o enquadramento do bem na hipótese do artigo 833, V, do CPC/2015, a r. decisão agravada não merece reparos.

Ante o exposto, **indefiro a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019034-55.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: CONTINENTAL PARAFUSOS S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: TATIANA MARANI VIKANIS - SP1832570A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Continental Parafusos S/A, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que deferiu parcialmente a medida liminar pleiteada, garantindo à agravante o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, abstendo FINS, abstendo-se a Autoridade Impetrada de tomar providências voltadas à exigência, bem como que tais valores não poderão constituir empecilho à expedição de certidão de regularidade fiscal.

Decido.

Em consulta ao Sistema Processual Informatizado desta e. Corte, verifico que foi proferida sentença nos autos principais, o que evidencia a perda de objeto do presente recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Intime(m)-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002470-35.2016.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: UNIMED ESTANCIAS PAULISTAS - OPERADORA DE PLANOS DE SAUDE SOCIEDADE COOPERATIVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: THAIS FERREIRA LIMA - SP136047
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Unimed das Estâncias Paulistas Operadora de Planos de Saúde Sociedade Cooperativa em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que rejeitou a exceção de pré-executividade interposta.

Alega a agravante que a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS interpôs ação de execução (Processo n. 0003569-80.2016.403.6126) a fim de cobrar valores relativos ao ressarcimento ao SUS (artigo 32, da Lei n. 9.656/98), considerados como indenização por enriquecimento sem causa (art. 886, do Código Civil) e que para instruir a execução, a Agravada juntou com a inicial certidão da dívida ativa, onde foram relacionadas as datas de ocorrência dos atendimentos assistenciais, fatos geradores das diversas cobranças incluídas na CDA, sob a denominação de “débitos inscritos”.

Aduz que na referida relação (“débitos inscritos”) os fatos geradores da cobrança executada pela ANS ocorreram no interstício de abril a junho de 2006 e de julho a setembro de 2008, que esta circunstância está perfeitamente caracterizada no documento anexado pela ANS, pois as datas de atendimento aos pacientes constam das AIHs (Autorizações para Internação Hospitalar) do SUS, onde consta inequivocamente que os atendimentos médicos e hospitalares ocorreram no referido semestre e que relativamente ao segundo trimestre de 2006, a ação de cobrança deveria ser distribuída no máximo até de abril a junho de 2011; já com relação ao terceiro trimestre de 2008, a distribuição deveria ocorrer de julho a setembro de 2013, considerando que o prazo é contado até a data em que o Magistrado competente determina a citação da executada.

A análise do pedido de concessão do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a ANS apresentou contraminuta.

Decido:

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no e.Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Exmo. Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao Juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade de direito nas alegações da agravante a justificar o deferimento do efeito suspensivo pleiteado.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r.decisão proferida nos da execução fiscal nº.0000785-76.2015.4.03.6123, que tem por fundamento as Certidões de Dívidas Ativas (CDAs) nºs. 15.741-40, 16.556-55, 14.579-13 e 14.862-84, que totalizam a quantia de R\$ 301.580,77 (Trezentos e um mil, quinhentos e oitenta reais e setenta e sete centavos).

Referidas CDAs, relativas a créditos de natureza não tributária, decorrentes da aplicação de multas administrativas pecuniárias aplicadas pela Diretoria de Fiscalização nos autos dos processos administrativos apontados nos autos, foram constituídas após a tramitação dos referidos procedimentos, que finalizaram a partir de 17/11/2011 (mais antigo).

A partir da constituição definitiva do débito, iniciou-se o prazo quinquenal para que o credor adotasse as medidas necessárias para a satisfação do seu crédito, nos termos do *caput* do artigo 174, do CTN.

A execução fiscal foi ajuizada em 05/05/2015, sendo que o despacho que determinou a citação foi proferido em 29/05/2015, vindo a executada, ora agravante, aos autos em 19/06/2015.

A fluência do prazo prescricional foi interrompida, ante o ajuizamento da ação executiva, momento considerado como marco inicial para tal ocorrência, conforme entendimento firmado pelo c. STJ, ao analisar questões análogas a presente, senão vejamos:

..EMEN: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA APÓS O TRANSCURSO DO QUINQUÊNIO, CONTADO DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ART. 174, CAPUT, DO CTN. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno interposto em 12/04/2016, contra decisão publicada em 29/03/2016, na vigência do CPC/2015. II. Nos termos do art. 174, caput, do CTN, "a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva". Diante da redação do referido preceito legal, tem esta Corte entendido que, não sendo observado o quinquênio entre a constituição definitiva do crédito tributário e o ajuizamento da Execução Fiscal, é de se reconhecer a prescrição da pretensão executiva do ente público. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1.375.892/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; REsp 1.235.676/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/04/2011; REsp 1.234.212/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2011. III. Na hipótese em apreço, consoante se depreende do quadro fático delineado pela Corte de origem - que não pode ser revisto, na seara do Recurso Especial, por força da Súmula 7 do STJ -, a presente Execução Fiscal foi ajuizada somente após o transcurso do quinquênio, a partir da constituição definitiva do crédito tributário. Assim, já tendo sido fulminada pela prescrição a pretensão executiva para a cobrança do crédito tributário, quando do ajuizamento da Execução Fiscal, afigura-se impertinente a discussão quanto à eventual culpa, na demora da citação, e à possibilidade de retroação dos efeitos da interrupção da prescrição à data do ajuizamento da ação. IV. Agravo interno improvido. ..EMEN: (c. STJ, AINTARESP 201400936830AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 506037, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJE DATA:13/06/2016 ..DTPB).

..EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DENTRO DO PRAZO EXTINTIVO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, decidiu que os efeitos da interrupção da prescrição devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do CPC, não podendo a parte exequente ser prejudicada pela demora atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. ..EMEN: (AGRESP 201200172294AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1374265. Relatora Dr.^a DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO, Segunda Turma, DJE DATA:31/03/2016)

De todo o exposto, conclui-se não ter ocorrido a prescrição já que foram observados os prazos previstos no artigo 174, do CTN, observando-se a interrupção do lapso prescricional, considerando-se a data do ajuizamento da ação executiva e da respectiva citação, conforme decidido reiteradamente pelo c. STJ.

Isto posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. Juízo "a quo".

Intime(m)-se.

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000240-87.2016.4.03.6121

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: VILLARTA EQUIPAMENTOS DE ELEVACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP1378640A, RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP1433730A

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5001890-59.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA ADMINISTRAÇÃO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO BERNARDO DO CAMPO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA DE MAQUINAS MIOTTO LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCELLO PEREIRA LIMA FERREIRA - SP2566570A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª. Vara Federal de São Bernardo do Campo, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5001890-59.2017.4.03.6114.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança impetrado pela INDÚSTRIA DE MAQUINAS MIOTTO LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz a *quo* concedeu a segurança para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS bem como autorizou a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à impetração, observadas as disposições legais e infralegais correlatas (Id 1249131).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo seu recebimento no duplo efeito, bem como a suspensão do feito, até a finalização do julgamento do RE 574.706 (Id 1249135).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até a finalização do julgamento do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001111-62.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELAGACIA DA RECEITA FEDERAL EM JUNDIAÍ, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ZIEHL-ABEGG DO BRASIL IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE VENTILAÇÃO LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP2347450A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª. Vara Federal de Jundiaí, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5001111-62.2017.4.03.6128.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela ZIEHL ABEGG DO BRASIL IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE VENTILAÇÃO LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* deferiu em parte a medida (Id 1265269).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu parcialmente a segurança para declarar a inexigibilidade da inclusão do valor do ICMS incidente sobre as vendas da impetrante na base de cálculo do PIS e da COFINS, a partir de 15/03/2017 e declarar o direito de a impetrante compensar, se quiser, os valores eventualmente recolhidos a esse título, também a partir de 15/03/2017, observada a necessidade do trânsito em julgado, acrescidos dos juros equivalente à taxa Selic desde o recolhimento. (Id 1265281).

Inconformada, a União Federal interpôs recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706. (Id 1265285).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5001470-84.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SERV-BEBE PRAIA GRANDE COMERCIO DE BEBIDAS LTDA

Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO LOPES JUNIOR - SP2762710A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª. Vara Federal de Santos, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5001470-84.2017.4.03.6104.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela SERV-BEBE PRAIA GRANDE COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* deferiu a medida (Id 1317013).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para reconhecer o direito do impetrante de não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer, respeitada a prescrição quinquenal, o direito do impetrante de efetuar a compensação do valor do indébito apurado, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, observando-se a atualização pela Taxa SELIC. (Id 1317017).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a sobrestamento do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1317020).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. *É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.*

3. *No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de sobrestamento do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002390-70.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 7ª. Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5002390-70.2017.4.03.6100.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela TINTAS DA TERRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* deferiu a medida (Id 1350703).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para assegurar à impetrante o direito de recolher as contribuições ao PIS e à COFINS sem a inclusão dos valores correspondentes ao ICMS. Ademais, declarou o direito da impetrante a proceder a compensação dos valores recolhidos a maior, nos últimos cinco anos que antecederam à propositura da ação, bem como aqueles pagos no curso da demanda, devidamente atualizados pela taxa SELIC, observado o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. (Id 1350733).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até a finalização do julgamento do RE 574.706. (Id 1350739).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até a finalização do julgamento do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5001834-53.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WABCO DO BRASIL IND. COM. FREIOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: CELSO CLAUDIO DE HILDEBRAND E GRISI FILHO - SP1783580A, IVAN TAUIL RODRIGUES - SP2496360S, ISABELLA DE MAGALHAES CASTRO PACIFICO - SP3053260A

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 8ª. Vara Federal de Campinas, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5001834-53.2017.4.03.6105.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela WABCO DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FREIOS LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* deferiu medida (Id 1348869).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para reconhecer indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito da impetrante compensar os valores pagos indevidamente, anteriores aos cinco anos do ajuizamento desta ação, nos termos do artigo 74, da Lei n. 9.430/96, devidamente atualizados pela taxa Selic (Id 1348879).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1348887).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000342-14.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
INTERESSADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA/SP
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVATRAC COMERCIO DE PECAS PARA TRATORES LTDA
Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP2435830A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 2ª Vara Federal de Piracicaba, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000342-14.2017.4.03.6109.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela NOVATRAC COMÉRCIO DE PEÇAS PARA TRATORES LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e Cofins, assim como a autorização para compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

A MMA. Juíza *a quo* postergou a análise do pedido liminar para após a vinda das informações e do parecer ministerial (Id. 1344603).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza a *quo* julgou procedente o pedido, com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil e concedeu a segurança para reconhecer o direito da impetrante de não incluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e do Programa de Integração Social – PIS (ficando a impetrante autorizada a deixar recolher), restando assegurado o direito à expedição de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, e à compensação dos valores com tributos vencidos e vincendos arrecadados pelo mesmo órgão, em valor atualizado com emprego dos mesmos índices usados pela Fazenda Nacional para corrigir seus créditos e com atualização monetária na forma do § 4º do artigo 39 da Lei n.º 9.250/95 a partir de 1.1.96 (SELIC) observando-se, todavia, o que preceitua o artigo 170-A do Código Tributário Nacional (Id. 1344614).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito. A apelante, no mérito, sustentou constitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Id. 1344616).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto à "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do feito.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000651-20.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP, MINISTERIO DA FAZENDA, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SPRA YING SYSTEMS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) APELADO: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP1464280A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juíz da 1ª. Vara Federal de São Bernardo do Campo, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000651-20.2017.4.03.6114.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela SPRAYING SYSTEMS DO BRASIL LIMITADA, na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e Cofins, assim como a autorização para compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juíz *a quo* deferiu parcialmente a medida (Id. 1072345).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juíz *a quo* concedeu parcialmente a segurança para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, bem como autorizou a restituição/compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à impetração, observadas as disposições legais e infralegais correlatas. Por fim, definiu que o indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido. (Id. 1072353).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito. A apelante afirma que não desconhece o julgamento do RE nº 574.706/PR, todavia afirma que é necessário aguardar o acordão resultante do julgamento dos embargos de declaração a serem opostos pela União, bem como induz a regularidade da inclusão do ICMS na base de cálculos do PIS E COFINS (Id. 1072358).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro os pedidos da União Federal de concessão de efeito suspensivo, bem como de suspensão do processo até a finalização do julgamento do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000171-61.2017.4.03.6140

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTO ANDRÉ/SP, MINISTERIO DA FAZENDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: INBRA-GLASS INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP1322030A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 1ª. Vara Federal de Santo André, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000171-61.2017.4.03.6140.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela INBRA-GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, ao argumento de que o ICMS não pode ser admitido no conceito de faturamento.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* indeferiu medida (Id 1097834).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para **(a) reconhecer** o direito da empresa impetrante de excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS, obstando eventual autuação por parte da autoridade fiscal em relação à matéria aqui discutida, ante a ausência de relação jurídica tributária que legitime a cobrança do tributo indicado; **(b) declarar** o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos e daqueles que foram recolhidos, ambos contados do ajuizamento desta ação, devidamente corrigidos monetariamente desde o pagamento indevido (Súmula STJ nº 162), observada a variação da Taxa SELIC, exclusivamente (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95) (Id 1097844).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1097848).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. *É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.*

3. *No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000601-76.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM GUARULHOS - SP

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 6ª. Vara Federal de Guarulhos, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000601-76.2017.4.03.6119.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela NACIONAL AÇOS INDUSTRIAL LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* indeferiu medida (Id 1366978).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para assegurar à impetrante a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS e reconhecer seu direito em compensar, após o trânsito em julgado da presente decisão, os valores indevidamente recolhidos sob tais rubricas, desde os cinco anos anteriores ao ajuizamento desta demanda, corrigidos pela taxa SELIC a partir das datas dos pagamentos indevidos (Id 1366994).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1367000).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009956-37.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: VIP - VIACAO ITAIM PAULISTA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CRISTIANO FRANCO BIANCHI - SP180557

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Inicialmente, constato que houve o recolhimento do preparo recursal, conforme informado pela agravante (Id. 858851) e comprovado pela guia de Id. 753462, razão pela qual passo à análise do pedido de efeito suspensivo.

Agravo de instrumento interposto por **VIP – Viação Itaim Paulista Ltda.** contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu sua exceção de pré-executividade (Id. 753509).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente de possível impedimento de contratar com a administração pública, de soerguer pagamentos junto à entidade pública, de participar de certames licitatórios, bem como o dano social à população.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso. Passa-se à análise.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

*"3 – RECEIO DE DANOS DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – a ofensa à manifestação expressa de vontade da Executada, ora Agravante, e a insistência na prática do ato por parte da Agravada criam dano de difícil reparação, na medida em que, não concedida a perseguida suspensão da exigibilidade de referida(s) CDA(s), ou mesmo a suspensão do curso do feito executivo originário, é a toda evidência que os prejuízos são de monta enorme, posto que se trata de ilegal e suposta dívida no importe de **R\$ 102.375.593,26**. Esses prejuízos irreparáveis começam pela impossibilidade de contratar com a Administração Pública, no caso a Prefeitura de São Paulo, bem como ver-se-á impedida de, por exemplo, soerguer pagamentos junto à mesma entidade pública, cerceada de participar de certames licitatórios como os delimitados no tópico abaixo, sem nos olvidarmos do macro dano social à população desta municipalidade, que ver-se-á com seu transporte público em mais uma vez prejudicado, o que certamente acarretará caos social caso os serviços prestados pela ora Agravante cessem de imediato."*

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão de possível impedimento de contratar com a administração pública, de soerguer pagamentos junto à entidade pública, de participar de certames licitatórios, bem como o dano social à população. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000587-53.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: ALCACUZ INDUSTRIA E COMERCIO DE ROUPAS E ACESSORIOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP2425420A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Id. 728039: Descabida contraminuta, em virtude do teor da decisão que deu provimento ao agravo de instrumento (Id. 539040).

Certifique-se o trânsito em julgado e arquivem-se os autos.

Intime-se.

Publique-se.

Cumpra-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022661-67.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: ADRIANA APARECIDA BONASSA PELLICHIERO
Advogado do(a) AGRAVANTE: LAZARO PAULO ESCANHOELA JUNIOR - SP65128
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Adriana Aparecida Bonassa Pellichiero** contra decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu liminar “*para decretar a indisponibilidade dos bens das pessoas acima relacionadas, inclusive em relação a bens futuros porventura adquiridos, até o limite de R\$ 3.989.085,30, mediante imediato bloqueio dos ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, bloqueio de veículos junto ao RENAJUD e indisponibilidade de bens imóveis pelo sistema www.indisponibilidade.org.br; comunicação da presente decisão à Comissão de Valores Mobiliários, à Junta Comercial do Estado de São Paulo, ao Departamento de Aviação Civil e à Capitania dos Portos do Estado de São Paulo.*” (Id. 3146245 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de tutela recursal antecipada, à vista do *periculum in mora*, decorrente do prejuízo à subsistência da agravante, em razão da indisponibilidade decretada sobre seu único veículo automotor.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"Outrossim, o periculum in mora é manifesto, visto que bloqueado seu único veículo, prejudicando diretamente à subsistência da Agravante."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo à subsistência da agravante, em razão da indisponibilidade decretada sobre seu único veículo automotor, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de ação civil pública, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022655-60.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: MIGUEL DE MOURA SILVEIRA JUNIOR, ANTONIO LUIZ CARVALHO GOMES

Advogado do(a) AGRAVANTE: LAZARO PAULO ESCANHOELA JUNIOR - SP65128

Advogado do(a) AGRAVANTE: LAZARO PAULO ESCANHOELA JUNIOR - SP65128

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por Miguel de Moura Silveira Júnior e Antônio Luiz Carvalho Gomes contra decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu liminar “*para decretar a indisponibilidade dos bens das pessoas acima relacionadas, inclusive em relação a bens futuros porventura adquiridos, até o limite de R\$ 3.989.085,30, mediante imediato bloqueio dos ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, bloqueio de veículos junto ao RENAJUD e indisponibilidade de bens imóveis pelo sistema www.indisponibilidade.org.br, comunicação da presente decisão à Comissão de Valores Mobiliários, à Junta Comercial do Estado de São Paulo, ao Departamento de Aviação Civil e à Capitania dos Portos do Estado de São Paulo.*” (Id. 3146245 dos autos de origem).

Pleiteiam a concessão de tutela recursal antecipada, à vista do *periculum in mora*, decorrente do prejuízo à subsistência própria e de sua família, em razão da indisponibilidade decretada sobre seu único veículo automotor.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

Dispõe os artigos 7º, inciso X, da CF/88 e 833, incisos IV e X, da lei processual civil:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º:

(...)”

In casu, constata-se que o juízo *a quo* determinou a indisponibilidade de ativos financeiros sem nenhuma restrição (... mediante imediato bloqueio dos ativos financeiros pelo sistema BACENJUD). Os agravantes, no entanto, não comprovaram documentalmente (extratos bancários etc.) que as contas bloqueadas são destinadas ao recebimento de salário e, assim, impenhoráveis, na forma do artigo 833, inciso IV, do Código Penal, o que afasta, até prova em contrário, a probabilidade do direito alegado.

Desse modo, ausente o *fumus boni iuris*, desnecessária a apreciação do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de ação civil pública, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021131-28.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: POLAZTUR TRANSPORTE E TURISMO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO ALVES PATRICIO JUNIOR - SP336930, CASSIO VINICIUS OLIVEIRA LESSA - SP337068, DANIEL

APARECIDO LESSA AGUIAR - SP311228

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por Polaztur Transporte e Turismo Ltda. contra decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu liminar “*para decretar a indisponibilidade dos bens das pessoas acima relacionadas, inclusive em relação a bens futuros porventura adquiridos, até o limite de R\$ 3.989.085,30, mediante imediato bloqueio dos ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, bloqueio de veículos junto ao RENAJUD e indisponibilidade de bens imóveis pelo sistema www.indisponibilidade.org.br; comunicação da presente decisão à Comissão de Valores Mobiliários, à Junta Comercial do Estado de São Paulo, ao Departamento de Aviação Civil e à Capitania dos Portos do Estado de São Paulo.*” (Id. 3146245 dos autos de origem).

Pleiteiam a concessão de tutela recursal antecipada, à vista do *periculum in mora*, decorrente do prejuízo à subsistência própria e de sua família, em razão da indisponibilidade decretada sobre seu único veículo automotor.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

Dispõe os artigos 7º, inciso X, da CF/88 e 833, incisos IV e X, da lei processual civil:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

*IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os **salários**, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º:*

(...)”(grifei).

Os salários a que se referem om dispositivos são aqueles auferidos pelo devedor e não os que precisam ser pagos por ele a seus funcionários. Ademais, deve ser pessoa física, uma vez que qualquer montante recebido por pessoa jurídica representa seu faturamento e jamais salário. Destarte, não há que se falar que a importância bloqueada no caso dos autos é impenhorável.

No que tange à alegação de que a indisponibilidade causará danos às atividades da empresa, tal situação não foi comprovada nos autos. A mera juntada de documento da própria empresa com as despesas correntes e de alguns comprovantes de pagamentos não tem o condão de afastá-lo.

Desse modo, ausente o *fumus boni iuris*, desnecessária a apreciação do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de ação civil pública, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011597-60.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SARFAM INDUSTRIA COMERCIO E IMPORTACAO LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: CLAUDIO LEITE PIMENTEL - RS19507

DECISÃO

Vistos.

Consoante informação de doc. n. 2520080, o feito principal a que se refere o presente recurso foi julgado em primeira instância.

Assim, já tendo ocorrido o julgamento da ação na qual foi proferida a decisão atacada, este instrumento perdeu inteiramente o seu objeto.

Nesse sentido os seguintes arestos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUPERVENIENTE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

- 1. Discussão sobre a consequência jurídica do reajuste espontâneo do benefício previdenciário efetivado.*
- 2. A prestação jurisdicional deve se dar de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença ou do acórdão.*
- 3. Este Superior Tribunal, reiteradamente, tem decidido que, para o reconhecimento da existência de interesse processual, é necessária a confluência de dois elementos: a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial.*
- 4. Configura-se, na hipótese, a perda superveniente de interesse processual, pois os autores não tinham mais necessidade de prosseguir com a ação para obter o resultado útil que pretendiam quando a propuseram.*
- 5. Não houve reconhecimento da procedência do pedido feito pelos autores (art. 269, II, do CPC), razão pela qual a extinção do processo deverá ocorrer sem resolução do mérito.*
- 6. Aquele que deu causa à propositura de ação frustrada responde pelos consectários da sucumbência, inclusive honorários advocatícios.*
- 7. Recurso especial parcialmente provido.*

(REsp 1183061/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013)

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente recurso por perda de objeto, negando-lhe seguimento, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000251-06.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRASILCOTE INDUSTRIA DE PAPEIS S.A.

Advogado do(a) APELADO: RICARDO DA COSTA RUI - SP1735090A

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 27 de novembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000169-05.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SANPHAR SAUDE ANIMAL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS DE MORAES SALLES FILHO - SP45313, BRUNO BONTURI VON ZUBEN - SP2067680A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000572-26.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAKITY INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 1.012, § 1º, V, do Novo Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 1 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000180-23.2017.4.03.6140

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SR. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM MAUÁ - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: SUPERMERCADO NEVADA LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANA CRISTINA SILVA - SP2553070A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª. Vara Federal de Santo André, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000180-23.2017.4.03.6140.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo SUPERMERCADO NEVADA LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, bem como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* deferiu a medida (Id 1029378).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para excluir os valores de ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o direito de compensação ou por meio de precatório dos valores recolhidos a esse título nos cinco anos anteriores a propositura da ação, corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, com os créditos vincendos de tributos administrados pela Receita Federal (Id 1029385).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito até a finalização do julgamento do RE 574.706. (Id 1029390).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até a finalização do julgamento do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008921-42.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: RITA DE CASSIA MOLINA GARCIA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARINA GARCIA FALEIROS - SP376179, ATAIDE MARCELINO - SP133029

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Vistos.

Consoante petição acostada aos presentes autos (Docs. ID nº 1174698 e 1174735), a parte autora, ora agravante, requereu a desistência da ação.

Assim, este instrumento perdeu inteiramente o seu objeto.

Nesse sentido os seguintes arestos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUPERVENIENTE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Discussão sobre a consequência jurídica do reajuste espontâneo do benefício previdenciário efetivado.

2. A prestação jurisdicional deve se dar de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença ou do acórdão.

3. Este Superior Tribunal, reiteradamente, tem decidido que, para o reconhecimento da existência de interesse processual, é necessária a confluência de dois elementos: a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial.

4. Configura-se, na hipótese, a perda superveniente de interesse processual, pois os autores não tinham mais necessidade de prosseguir com a ação para obter o resultado útil que pretendiam quando a propuseram.

5. Não houve reconhecimento da procedência do pedido feito pelos autores (art. 269, II, do CPC), razão pela qual a extinção do processo deverá ocorrer sem resolução do mérito.

6. Aquele que deu causa à propositura de ação frustrada responde pelos consectários da sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1183061/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013)

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente recurso por perda de objeto, negando-lhe seguimento, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000273-22.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: B A BARBOSA SUPERMERCADO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP2101980A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, B A BARBOSA SUPERMERCADO LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP2101980A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª. Vara Federal de Jundiá, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000273-22.2017.4.03.6128.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela B.A. BARBOSA SUPERMERCADO LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* indeferiu a medida (Id 1278946).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu parcialmente a segurança para declarar a inexigibilidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a partir de 15/03/2017 e declarar o direito de a impetrante compensar, se quiser, os valores eventualmente recolhidos a esse título, também a partir de 15/03/2017, observada a necessidade do trânsito em julgado, acrescidos dos juros equivalente à taxa Selic desde o recolhimento. (Id 1278959).

Inconformada, a União Federal interpôs recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento definitivo do RE 574.706. (Id 1278971).

A impetrante também interpôs recurso de apelação, requerendo a declaração, com efeitos *ex tunc*, de seu direito líquido e certo de não se sujeitar à incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre valores pagos a título de ICMS, bem como o direito de compensar os valores recolhidos a esse título nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da presente ação e no seu curso, devidamente atualizado pela Selic. (Id. 1278973).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. *É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.*

3. *No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento definitivo do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo ambos os recursos de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002216-61.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: FERCOM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROGERIO SAWAYA BATISTA - SP1692880A

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 7ª. Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5002216-61.2017.4.03.6100.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela FERCOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, ao argumento de que o ICMS não pode ser admitido no conceito de faturamento.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* deferiu a medida (Id 1242892).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para assegurar à impetrante o direito de recolher as contribuições ao PIS e à COFINS sem a inclusão dos valores correspondentes ao ICMS. Ademais, declarou o direito da impetrante a proceder a compensação/restituição dos valores recolhidos a maior, nos últimos cinco anos que antecederam à propositura da ação, bem como aqueles pagos no curso da demanda, devidamente atualizados pela taxa SELIC, observado o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. (Id 1242903).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 574.706. (Id 1242918).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024354-86.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: LOUIS DREYFUS COMPANY BRASIL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: EULO CORRADI JUNIOR - SP2216110A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Vistos.

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao MPF.

Intime(m)-se.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000632-14.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO BERNARDO DO CAMPO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: APIS DELTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCIANO BAGATINI - SP3556330A, CARINE ANGELA DE DAVID - SP2525170A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª. Vara Federal de São Bernardo do Campo, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000632-14.2017.4.03.6114.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela APIS DELTA LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, bem como

autorizar a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à impetração, observadas as disposições legais e infralegais correlatas. (Id 1240646).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo seu recebimento no duplo efeito, bem como a suspensão do feito, até o julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 574.706. (Id 1240650).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5001012-64.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECNOMETAL EQUIPAMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO CORREA FERREIRA - SP2941370A

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 8ª Vara Federal de Campinas, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5001012-64.2017.4.03.6105.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela TECNOMETAL EQUIPAMENTOS, na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, bem como a autorização para compensar os valores recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* deferiu medida (Id 1233625).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para reconhecer indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito da impetrante compensar os valores pagos indevidamente, anteriores aos cinco anos do ajuizamento, nos termos do artigo 74, da Lei n. 9.430/96, devidamente atualizados pela taxa Selic (Id 1233639).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1233646).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. *É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária."* 2. *Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.*

3. *No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024332-28.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: RASSINI-NHK AUTOPECAS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANA RONCATO ROVERI - SP3156770A, PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP1070200A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Vistos.

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao MPF.

Intime(m)-se.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023670-64.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: WOOD PACK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP2454120A

Vistos.

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023463-65.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ROCA SANITARIOS BRASIL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELA MARKOVICZ - PR50629

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Vistos.

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao MPF.

Intime(m)-se.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 15 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022504-94.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: CARLA MARIA PIGOZZI ZANETTI
Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLA MARIA PIGOZZI ZANETTI - SP239369
AGRAVADO: LABORLIDER LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS S/S LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: HAROLDO GUILHERME VIEIRA FAZANO - SP51391

DESPACHO

Tendo em vista que o presente agravo de instrumento foi interposto sem pedido de efeito suspensivo, intime-se o executado para a apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem os autos para julgamento.

São Paulo, 15 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023813-53.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: AC CORTE E COLHEITA FLORESTAL LTDA EPP, FRANCISCO ABATE
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO RODRIGUES NABHAN - MS6061
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO RODRIGUES NABHAN - MS6061
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Tendo em vista a informação de doc. n. 1508570, no sentido de que não foram recolhidas as custas do presente recurso de agravo de instrumento, intime-se a agravante para que efetue o devido recolhimento dos valores previstos na Resolução n. 138 do E. TRF 3ª Região, considerando-se as disposições do art. 1.007 §4º do Código de Processo Civil, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção.

Informe, ainda, os números de CPF/CNPJ dos agravantes.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015877-74.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CESTA BASICA BRASIL COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI

Advogado do(a) AGRAVADO: JULIANA MAYRA NERY DE CARVALHO - RJ1702940A

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento em face a r. decisão (ID 2307303) que deferiu a liminar para autorizar a impetrante a deixar de incluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e do Programa de Integração Social – PIS.

Em razões de agravo de instrumento a União Federal (ID 1037452) requer em face da plausibilidade do direito invocado e do manifesto interesse público subjacente na cobrança do crédito, bem como na necessária celeridade dos feitos processuais, seja concedida liminar, com antecipação de tutela, para se determinar a suspensão da decisão liminar nos Autos n. 5001535-64.2017.4.03.6109; bem como a reforma integral da decisão nos Autos n. 5001535-64.2017.4.03.6109. Subsidiariamente, pugna seja autorizada à Administração Tributária lançamento a fim de prevenir eventual Decadência;

Em resposta ao agravo de instrumento a CESTA BASICA BRASIL COMERCIO DE ALIMENTOS EIRELI (ID 1218754) requer seja mantida a decisão interlocutória agravada.

Em parecer do Ministério Público Federal (ID 1165417) manifesta-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

DECIDO

O artigo 932 do NCPC, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autoriza o relator, através de decisão monocrática, negar provimento a recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou dar provimento a recurso que esteja de acordo com acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

E essa é a hipótese dos autos.

A preliminar arguida pela União federal confunde-se com o mérito e com ele será decidido.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 240.785, já havia manifestado entendimento no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, conforme acórdão assim ementado:

"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 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

Ressalto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição Cidadã, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Cabe ressaltar que o v. acórdão eletrônico foi publicado em 02/10/2017 (DJe-223), tendo a matéria sido fixada na tese nº 69, Ata nº 6, de 15/03/2017, publicada no DJE nº 53, de 17/03/2017.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

No tocante ao pedido que seja autorizado o lançamento a fim de prevenir eventual decadência, anote-se que a ocorrência das hipóteses previstas no art. 151, do CTN, regra geral, não impede a constituição do crédito tributário, tampouco suspende o prazo decadencial. Nesse sentido:

*TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. **DECADÊNCIA**. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.*

*(...) 3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, **mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.***

4. Embargos de divergência providos.

(STJ, EREsp 572.603/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 199).

*TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO - **DECADÊNCIA**.*

1. O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (art. 113 e 142, ambos do CTN).

2. Dispõe a FAZENDA do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito.

3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial.

4. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento.

5. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 119.986/SP, Rel. Ministra ELLANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2001, DJ 09/04/2001, p. 337).

TRIBUTÁRIO. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO. LANÇAMENTO. CRÉDITO. POSSIBILIDADE. **DECADÊNCIA** CONFIGURADA.

1. A ordem judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário não tem o condão de impedir a Fazenda Pública de efetuar seu lançamento.

2. Com a liminar fica a Administração tolhida de praticar qualquer ato contra o devedor visando ao recebimento do seu crédito, mas não de efetuar os procedimentos necessários à regular constituição dele. Precedentes.

3. Recurso não conhecido.

(STJ, REsp 119.156/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 210).

Na lição de Leandro Paulsen (Direito Tributário: Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 16 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2014):

"o entendimento de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário impediria o próprio lançamento, com consequências sobre o prazo decadencial, implicaria dar ao art. 151 do CTN extensão que dele não decorre e que violaria a inafastável sujeição do contribuinte à fiscalização, sendo certo que apenas os efeitos desta é que podem ser fulminados".

No mesmo sentido, destaco precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. **DECADÊNCIA**. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.

4. Embargos de divergência providos.

(STJ, EREsp 572.603/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 199).

Por outro lado, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário obsta o ajuizamento da execução fiscal, tendo, ainda, o condão de suspender a execução já ajuizada, impedindo que a prescrição tenha seu curso regular, pois a acarreta, como corolário, a suspensão do prazo prescricional. Trata-se, nesse caso, de prazo para a cobrança de crédito tributário, já regularmente constituído, e não de prazo para a sua constituição. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. RETOMADA DO PRAZO PRESCRICIONAL.

(...) 2. A concessão de liminar em mandado de segurança é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, do CTN). Todavia, revogada a liminar pela Corte de apelação e considerando o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, nada impede que a Fazenda promova, desde a revogação da liminar, as medidas necessárias tendentes à cobrança dos créditos tributários cuja exigibilidade não mais se encontra suspensa, se não verificada outra causa de suspensão prevista no art. 151 do CTN. Nesse sentido: EREsp 449.679/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011; REsp 1.216.841/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.5.2013.

(...) 4. Agravos regimentais não providos.

(STJ, AgRg no REsp 1375895/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013)

Assim, restando caracterizada a suspensão da exigibilidade, tem-se que a União estava impedida de cobrar ou promover execução dos referidos créditos tributários, não tendo havido, outrossim, qualquer impedimento para sua constituição, tendo transcorrido normalmente o prazo decadencial.

Assim, a decisão que deferiu o pedido de liminar, não merece reforma, devendo ser mantida em sua integralidade.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, IV, "b" do NCPC, nego provimento ao agravo de instrumento, consoante fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 15 de dezembro de 2017.

REEXAME NECESSÁRIO (199) Nº 5009576-47.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

JUÍZO RECORRENTE: L.S. FERRAMENTAS LTDA - EPP

Advogado do(a) JUÍZO RECORRENTE: VANESSA PLINTA - SP2040060A

PARTE RÉ: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial em face a r. sentença (ID 1410315) que julgou procedente o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, e concedeu a ordem para autorizar a impetrante a não computar o valor do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, bem como reconheceu o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos 05 anos contados do ajuizamento da presente demanda.

A União Federal (ID 1410319) apresentou petição requerendo que fosse apreciada a manifestação apresentada na ID 1941322. Em análise da referida ID a União requer a manutenção do presente feito em sobrestamento, aguardando-se o desenvolvimento do precedente supramencionado no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Em certidão de ID 3596924 informa inexistência de recurso voluntário interposto pelas partes em face a r. sentença.

Em parecer do Ministério Público Federal (ID 1478485) manifesta-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

DECIDO

O artigo 932 do NCPC, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autoriza o relator, através de decisão monocrática, negar provimento a recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou dar provimento a recurso que esteja de acordo com acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

E essa é a hipótese ocorrente nestes autos.

Passo a decidir.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 240.785, já havia manifestado entendimento no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, conforme acórdão assim ementado:

"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 240785, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001).

Ressalto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os Ministros entenderam que o valor arrecadado a título de icms não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Prevaleceu o voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do icms não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição Cidadã, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que *"O icms não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"*.

Cabe ressaltar que o v. acórdão eletrônico foi publicado em 02/10/2017 (DJe-223).

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do icms na base de cálculo do PIS e da COFINS.

No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Cabe ressaltar que não foi atribuída à v. decisão proferida no RE 574.706 efeitos não retroativos ou prospectivos, sendo certo que tendo o STF concluído que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, deve-se considerar como indevidos todos os pagamentos efetuados a maior com a referida inclusão, devendo-se restringir o direito à compensação tão-somente à prescrição.

Configurado, desta forma, o indébito fiscal, passo à análise do pedido de compensação.

Pois bem

Por primeiro, com relação à prescrição, anote-se que para as ações ajuizadas a partir de 9/6/2005 - data da entrada em vigor da LC 118/2005 -, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo STF nos autos da Repercussão Geral no RE 566621/RS.

Uma vez que a presente ação foi ajuizada após 9/6/2005, aplica-se o prazo prescricional quinquenal.

A jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da sua Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula 269 do STF:

O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

No presente caso, a parte postula o reconhecimento do direito à compensação e não à restituição. De tal sorte, é possível, por esta via, declarar o direito à compensação, a ser promovida na via administrativa, observados os parâmetros legais, observando-se o prazo prescricional.

Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de jcms na base de cálculo do PIS/COFINS, anoto que em relação a prova pré-constituída, o REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC, oferece diferenciação suficiente para demonstrar que existem situações diversas, cujo encaminhamento resta direcionado de acordo com o caso concreto, ficando destacado pelo eminente relator no voto condutor no referenciado RESP que:

"(...)

3. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites do pedido, ou seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada. Nesse aspecto, a jurisprudência do STJ distingue claramente duas situações: a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

Na primeira situação, que tem amparo na súmula 213/STJ ("O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"), a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação (v.g.: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco), até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a respeito. Nos precedentes que serviram de base à edição da súmula o Tribunal afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária. No EDRESP 81.218/DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, consta do voto condutor do acórdão que "a Egrégia Turma distingue compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados". O que se exigia da impetrante, nesses casos, era apenas prova da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

Todavia, para a segunda situação - em que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou em que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da compensação - nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. A questão já foi inclusive objeto de exame nesta 1ª Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência EREsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda. Ditos embargos haviam sido interpostos contra acórdão da 2ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, que havia assentado o seguinte: "2. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. 3. Recurso especial improvido". A Seção confirmou essa orientação, em acórdão assim ementado:

"(...)

4. O caso dos autos não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na súmula 213/STJ. Mais que isso, agrega-se à pretensão compensatória pedidos que supõem a efetiva realização da compensação: a suspensão da exigibilidade de créditos de PIS e COFINS "no limite dos valores dos créditos a que fazem jus à Impetrante (sic), a ser apresentado ao Fisco, pelo fato do recolhimento indevido efetuado a título de contribuição ao PIS e ao FINSOCIAL", bem como o fornecimento de "certidões negativas de que a mesma necessitar" (fls. 19). Bem se vê, portanto, que o reconhecimento da liquidez e certeza do direito na amplitude e para os fins pleiteados supõe, segundo os precedentes da Seção, a prova do recolhimento do tributo indevido.

(...).".

Do excerto anteriormente transcrito, depreende-se que o entendimento firmado sob o regime do disposto no art. 543-C do CPC, acima mencionado, apresenta plena adequação ao caso em concreto, uma vez que delinea a situação em que cabe ao impetrante trazer aos autos prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação, o que foi devidamente cumprido.

Portanto, restaram atendidas as disposições do Resp n. 1.111.164, vez que comprovados pelo impetrante não só a condição de credor, mas também os recolhimentos dos tributos indevidos, o que torna concreta a necessidade de compensação, ficando o impetrante autorizado, quando da execução da sentença, a apresentar outros documentos que sejam considerados necessários e/ou imprescindíveis, além dos já colacionados às ID 1410224/1410225 e 1410227/1410296.

Dessa forma, verifica-se que são indevidos os recolhimentos efetuados a título do icms na base de cálculos do PIS /COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios e o *quantum*.

Por outro lado, o regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

O art. 66 da Lei 8.383/1991, ao tratar da possibilidade de compensação nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie.

O art. 74 da Lei 9.430/1996 - alterado pela Lei 10.637/2002 -, no entanto, autorizou o sujeito passivo a apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, e utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Deve ser observado, entretanto, que o parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007 previu, expressamente, que o disposto no referido art. 74 da Lei 9.430/1996 não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º da Lei 11.457/2007, ou seja, àquelas previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991, *in verbis*:

Constituem contribuições sociais:

- a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;
- b) as dos empregadores domésticos;
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário de contribuição.

Logo, a compensação das contribuições sociais somente é possível com contribuições desta mesma espécie.

No caso dos autos, a PIS e COFINS - que incidem sobre a receita bruta - não se enquadram nas alíneas a, b, ou c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991. Dessa forma, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/1996, é possível a compensação com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010).

A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante à correção monetária, a questão foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial 1.112.524, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDel no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010).

Do anteriormente exposto, no caso concreto, há que se aplicar os índices oficiais e os expurgos inflacionários previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267, de 2 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça enumera os seguintes expurgos: fev/86 (14,36%); jun/87 (26,06%); jan/89 (42,72%); fev/89 (10,14%); mar/90 (84,32%); abr/90 (44,80%); mai/90 (7,87%); jun/90 (9,55%); jul/90 (12,92%); ago/90 (12,03%); set/90 (12,76%); out/90 (14,20%); nov/90 (15,58%); dez/90 (18,30%); jan/91 (19,91%); fev/91 (21,87%); mar/91 (11,79%). Precedente: EREsp 628079/SE.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

Assim, a compensação dos valores recolhidos a título de icms na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da Lei 10.637/2002, vigente à época do ajuizamento da ação (RESP 1.137.738), deve ser efetuada com a incidência de correção monetária, nos moldes do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, e de juros de mora equivalentes à taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal e o disposto no art. 170-A do CTN.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, IV, "b" do NCPC, nego provimento à remessa oficial, consoante fundamentação.

Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/2009.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013491-71.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: REFINARIA NACIONAL DE SAL S/A

Advogados do(a) AGRAVADO: SIMONE WEIGAND BERNA SABINO - SP235210, MARCO ANTONIO DE FREITAS - SP109494

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento em face a r. decisão (ID 1988025) que deferiu o pedido de antecipação de tutela de suspensão de exigibilidade do crédito tributário referente à exclusão do ICMS, da base de cálculo do PIS e COFINS.

Em razões de agravo de instrumento a União Federal (ID 909351) requer seja deferido o efeito suspensivo, no mérito, seja conhecido e provido o presente agravo, reformando-se integralmente a r. decisão ora impugnada de ID 1988025.

Em resposta ao agravo de instrumento a REFINARIA NACIONAL DE SAL S/A (ID 1074362) requer seja negado provimento ao recurso da Fazenda Nacional, mantendo-se integralmente a r. decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO

O artigo 932 do NCPC, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, autoriza o relator, através de decisão monocrática, negar provimento a recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos ou dar provimento a recurso que esteja de acordo com acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

E essa é a hipótese dos autos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 240.785, já havia manifestado entendimento no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, conforme acórdão assim ementado:

"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 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

Ressalto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição Cidadã, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Cabe ressaltar que o v. acórdão eletrônico foi publicado em 02/10/2017 (DJe-223), tendo a matéria sido fixada na tese nº 69, Ata nº 6, de 15/03/2017, publicada no DJE nº 53, de 17/03/2017.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela, não merece reforma, devendo ser mantida em sua integralidade.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, IV, "b" do NCPC, nego provimento ao agravo de instrumento, consoante fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 15 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000545-67.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: SINDICATO DOS MOTORISTAS E TRABALHADORES EM TRANSPORTE RODOVIARIO URBANO DE SAO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATA MARTINEZ GALDAO DE ALBUQUERQUE - SP200274

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Considerando que os documentos mencionados no despacho retro (Num. 386916 – Pág. 10/13) se trata de planilha elaborada unilateralmente, intime-se novamente a agravante para que providencie a juntada de cópia dos legíveis dos demonstrativos de discriminação dos débitos debatidos no feito de origem que indique a natureza dos valores cobrados.

Prazo: 10 (dez) dias.

Cumprida a determinação ou decorrido *in albis*, tornem conclusos.

São Paulo, 1º de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024017-97.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: JOYCE BERTELLI SIMAO

Advogado do(a) AGRAVANTE: EMERSON CLAIRTON DOS SANTOS - SP268611

AGRAVADO: ALVES & YOSHIY COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA - EPP, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA

Advogado do(a) AGRAVADO: CAMILA ADRIELE CARVALHO BRANCO DE OLIVEIRA - PA18153

DESPACHO

Tendo em vista a informação de doc. n. 1499834 no sentido de que não foram recolhidas as custas do presente recurso de agravo de instrumento, intime-se a agravante para que efetue o devido recolhimento dos valores previstos na Resolução n. 138 do E. TRF 3ª Região, considerando-se as disposições do art. 1.007 §4º do Código de Processo Civil, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022715-33.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: CINCOLI COMERCIO DE CALCADOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOSE RONALDO BACHUR - SP103724, PRISCILA MARIA MONTEIRO COELHO BORGES - SP2570990A

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS - IBAMA, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

DESPACHO

Tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se. Oportunamente, voltem-me conclusos.

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020554-50.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SIFCO SA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARLI EMIKO FERRARI OKASAKO - SP114096

Vistos.

A questão ora discutida requer maiores esclarecimentos, razão pela qual postergo a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023620-38.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: JORDAO & CIA. LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO PUNTEL CORDEIRO - SP282575
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JORDÃO & CIA LTDA. contra a decisão recebeu os embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo.

Alega o agravante, em síntese, que o juízo está devidamente garantido por penhora. Neste sentido, entende que a garantia do juízo já é necessária e suficiente para a suspensão da execução fiscal. Assim, sustenta que o processo executivo com a possibilidade de constrição patrimonial é extremamente prejudicial ao contribuinte. Pede a concessão de tutela de urgência.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela liminar postulada.

Com efeito, a execução fiscal fundada em título extrajudicial é sempre definitiva, podendo, todavia, ser provisoriamente suspensa pela oposição de embargos do executado enquanto não proferida sentença naquela ação. Não obstante, a improcedência no julgamento dos embargos autoriza o imediato prosseguimento da execução, vez que eventual apelação nessa hipótese possuirá apenas efeito devolutivo.

Anteriormente à Lei nº 11.382/2006, que introduziu o art. 739-A do CPC/73, a regra era a atribuição de eficácia suspensiva aos embargos à execução, como decorrência automática do seu mero recebimento.

No entanto, a partir do advento da Lei nº 11.382/2006, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, ao julgar o REsp 1272827/PE, de acordo com o regime de recurso repetitivo que trata o art. 543-C do CPC/73, no sentido de que as execuções fiscais se sujeitam ao disposto no artigo 739-A do Código de Processo Civil/73 e que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução é possível apenas em situações excepcionais, quando houver requerimento expresso do embargante e, a par disso, forem preenchidos de forma conjugada os requisitos previstos no § 1º do referido dispositivo, quais sejam, a relevância da fundamentação, o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação e a garantia integral do juízo, encontrando-se assim revogada a sistemática anterior, que fazia derivar do simples ajuizamento dos embargos a sua eficácia suspensiva, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda

Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008."

(REsp 1272827 / PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 22/05/2013, DJe 31/05/2013)

Confirmam-se, a esse respeito, os julgados a seguir:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 739-A, § 1º, DO CPC. APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. REQUISITOS DA SUSPENSÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. Nos termos do art. 1º da Lei n. 6.830/80, aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil às execuções fiscais. Os embargos à execução só serão recebidos no efeito suspensivo se preenchidos todos os requisitos determinados no art. 739-A do CPC. (...)

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp nº 1317256/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 19.06.2012, DJe 22.06.2012.)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do Devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo.

2. A atribuição de efeito suspensivo aos embargos do Devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento.

(...)

4. Agravo Regimental não provido."

(STJ, AgRg no AREsp nº 121809/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 03.05.2012, DJe 22.05.2012.)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 739-A DO CPC. DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as disposições do art. 739-A do CPC aplicam-se, efetivamente, às execuções fiscais.

2. Agravo regimental não provido."

(STJ, AgRg no Ag nº 1381229/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 15.12.2011, DJe 02.02.2012.)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. INCIDÊNCIA DO ART. 739-A DO CPC. RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO. GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO. GARANTIA INTEGRAL DO JUÍZO. SÚMULA 83/STJ. INEXISTÊNCIA DE REQUISITO PARA A SUSPENSÃO. MODIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que a regra contida no art. 739-A do CPC (introduzido pela Lei n. 11.382/2006) é aplicável em sede de execução fiscal.

2. "Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo" (REsp 1.024.128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.12.2008, RDDT, vol. 162, p. 156, REVPRO, vol. 168, p. 234). Incidência da Súmula 83/STJ.

(...)

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDcl no Ag nº 1389866/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 15.09.2011, DJe 21.09.2011.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 739-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICABILIDADE. REQUISITOS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que se aplica o Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006, subsidiariamente ao processo de execução fiscal, inclusive quanto à concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução (artigo 739-A).

(...)

3. Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp nº 1225406/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Turma, j. 15.02.2011, DJe 24.02.2011.)

Ainda, não é demais lembrar que o efeito suspensivo que deriva da oferta de embargos à execução fiscal com garantia, a par de firmemente estabelecido na doutrina e jurisprudência, não consta de forma direta e explícita da LEF (da qual consta, expressamente, a aplicação subsidiária do CPC, em seu artigo 1º). A norma do CPC, trazida pela Lei 11.382/2006 não é incompatível, de forma flagrante ou direta, com a Lei de Execuções Fiscais. Não há motivos, portanto, para não se aplicar aos executivos fiscais, já que há possibilidade de convivência entre as disciplinas geral (do CPC) e específica (da LEF) e, "em um mesmo sistema jurídico, há um "diálogo das fontes" especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto" (Manual de Direito do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa e Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo: ed. RT, 2013, pág. 136), de acordo com a teoria do diálogo das fontes, segundo a qual, pois, a busca do entendimento da "prevalência" desta ou de outra lei perde importância em favor da aplicação "simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei do seguro- saúde) e gerais (como o CC/2002) em campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais" (Opus cit., pág. 122).

Portanto, nos termos do Código de Processo Civil, os embargos à execução só poderão ser dotados de efeito suspensivo a pedido do embargante e quando, devidamente garantido o juízo, estiverem presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória.

O escopo das alterações introduzidas no CPC pelo legislador foi o de conferir mais efetividade à execução, dando primazia ao interesse do credor e restringindo a possibilidade de se suspender o curso do processo executivo.

Atualmente, não sendo recebidos os embargos com efeito suspensivo, por falta de preenchimento cumulativo de todos os requisitos do art. 919 do CPC, pode a execução prosseguir desde logo com todos os seus atos, até mesmo a realização de leilão dos bens penhorados, não mais se fazendo necessária a prévia prolação de sentença nos embargos do devedor.

Assim, as consequências inerentes a todo processo de execução, incluindo a expropriação de bens do devedor, que no regime anterior advinham em regra apenas depois da sentença de improcedência dos embargos à execução, podem agora concretizar-se a partir do momento em que decidida a questão da presença dos requisitos legais previstos no art. 919 do CPC, por ocasião do recebimento dos embargos.

Na hipótese em tela, a parte agravante ingressou com embargos à execução, estando a execução integralmente garantida pela penhora de imóvel, conforme consta das fls. 223/231 dos autos originários.

Entretanto, não se vislumbra qualquer circunstância que indique que o prosseguimento da ação poderá causar-lhe grave dano, de difícil ou incerta reparação, vez que a constrição de bens é característica inerente ao processo de execução, não sendo suficiente, por si só, para configurar possibilidade de dano de difícil reparação.

Ante o exposto, **indefiro a tutela de urgência pleiteada.**

Comunique-se ao juízo "a quo".

Intime-se a UNIÃO FEDERAL para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019987-19.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: JOAO BOSCO DE SANTI
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LACERDA DA SILVA - RS3979700A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se. Oportunamente, voltem-me conclusos.

São Paulo, 7 de novembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004523-52.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: DISTRIBUIDORA BRASILEIRA DE VINHOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO LOESER - SP1200840A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por DISTRIBUIDORA BRASILEIRA DE VINHOS LTDA, em face da prolação de r.decisão pelo MM. Juízo *a quo*, que indeferiu o pedido liminar formulado nos autos do procedimento comum (7) nº. 5002731-96.2017.4.03.6100.

Regularmente processado perante esta E.Corte, por decisão proferida em 07/06/2017 – ID nº 625718, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, *“para possibilitar a agravante a apuração e o recolhimento do PIS e da COFINS, com a exclusão das parcelas relativas ao ICMS de sua base de cálculo, suspendendo, com fundamento no artigo 151, IV do Código Tributário Nacional, a exigibilidade dos respectivos créditos. (...)”*.

Ocorre que, em consulta ao sistema processual de Primeira Instância disponibilizado a esta E. Corte, verificou-se a prolação de sentença nos autos principais, de modo que resta evidenciada a perda do objeto do presente Recurso..

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime(m)-se.

Com o trânsito em julgado desta decisão, após observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem para arquivamento.

São Paulo, 12 de Dezembro de 2017.

MARCELO SARAIVA
Desembargador Federal

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002286-78.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT/SP,
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PARFIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PARAFUSOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP1807470A, RITA DE CASSIA SALLES PELLARIN - SP3406180A

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000577-48.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: SUPERMERCADO MAXIMO DE UBATUBA LTDA

Advogado do(a) APELADO: DANIEL MOISES FRANCO PEREIRA DA COSTA - SP2400170A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª. Vara Federal de Guarulhos, nos autos da ação de procedimento ordinário nº. 5000577-48.2017.4.03.6119.

Os autos se referem à ação de procedimento ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos de tutela jurisdicional, movida pela SUPERMERCADO MÁXIMO DE UBATUBA LTDA, na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e Cofins, assim como a autorização para compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido de tutela antecipada, o MM. Juiz *a quo* deferiu a medida (Id 868415).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para reconhecer indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, devendo o ICMS ser desconsiderado para fins de incidência das aludidas contribuições. Autorizou, ainda, a compensação dos valores indevidamente recolhidos pela autora, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic (Id 868435).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do trâmite do presente feito (Id. 868436).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do inciso V, §1º, do artigo 1.012, do Código de Processo Civil, a sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação tem efeito apenas devolutivo.

Todavia, o §4º, do artigo 1012, do Código de Processo Civil prevê:

§4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Da análise do referido dispositivo legal, verifica-se a existência de dois caminhos para se obter a suspensão dos efeitos da sentença até o julgamento do recurso de apelação, quais sejam: a demonstração da probabilidade de provimento do recurso; e a demonstração da relevância da fundamentação, somada ao risco de dano grave e de difícil reparação.

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Nesse contexto, esclarecedora é a contribuição trazida por Rogério Licastro Torres de Mello, na obra *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.], 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2493), *ad litteram*:

*A literalidade do § 4.º do art. 1.012 do CPC/2015 estabelece duas condições a serem observadas para que se atribua efeito suspensivo à apelação que não o tem: (i) a demonstração de probabilidade de provimento do recurso ou, (ii) sendo relevante a fundamentação, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. São, portanto, **duas** condições distintas, o que se denota em face da presença da partícula **ou** entre ambas no texto do § 4.º do art. 1.012 em análise: (i) demonstração de probabilidade de provimento do recurso, vale dizer, há aqui uma espécie de tutela de evidência para fins de atribuição de efeito suspensivo à apelação, sem cogitar-se de demonstração de periculum in mora: demonstrando a parte que seu recurso reúne elevada probabilidade de provimento (porque a decisão apelada hostiliza jurisprudência sumulada ou firmada em julgamento de recurso repetitivo, por exemplo, além de outras hipóteses previstas no art. 932, V, do CPC/2015), sendo evidente que existirá o êxito recursal, poderá o recorrente pretender a suspensão da eficácia da sentença; (ii) sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação: nesta segunda hipótese de suspensão dos efeitos da sentença mediante excepcional atribuição de efeito suspensivo à apelação, estamos diante de pretensão cuja natureza é de típica tutela de urgência, pois se exige, para a suspensão da eficácia da sentença, a demonstração conjunta da relevância da fundamentação (vale dizer, avalia-se o quão relevante é a pretensão recursal, algo assemelhado à aparência do bom direito), e o risco de que, se for passível de cumprimento desde sua publicação, a sentença poderá gerar dano irreparável, grave, ou de difícil reparação. (grifos do original)*

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 1.012, § 1º, V, do Novo Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000300-05.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: PLP - PRODUTOS PARA LINHAS PREFORMADOS LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JUNDIAÍ, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP2425420A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP2004700A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JUNDIAÍ, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PLP - PRODUTOS PARA LINHAS PREFORMADOS LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP2425420A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP2004700A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª. Vara Federal de Jundiaí, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000300-05.2017.4.03.6128.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela PLP – PRODUTOS PARA LINHAS PREFORMADOS LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, ao argumento de que o ICMS não pode ser admitido no conceito de faturamento.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* indeferiu a medida (Id 1269697).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu parcialmente a segurança para declarar a inexigibilidade da inclusão do valor do ICMS incidente sobre as vendas da impetrante na base de cálculo do PIS e da COFINS, a partir da competência março de 2017, e declarar o direito de a impetrante compensar os valores eventualmente recolhidos a esse título, também a partir da competência março de 2017, acrescidos dos juros equivalente à taxa Selic desde o recolhimento. (Id 1269710).

A União Federal interpôs recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1269714).

A impetrante também interpôs recurso de apelação, requerendo o reconhecimento do direito de excluir o ICMS da base de cálculo das parcelas vincendas do PIS e da COFINS, tanto sob a égide da Lei 10.637/02 e da Lei 10.833/03 na redação original (com efeitos até 31/12/2014), bem como sob a égide da redação dada pela Lei n.º 12.973/2014 (com efeitos a partir de janeiro de 2015). Além disso, requereu a autorização para compensação de valores percebidos a esse título referente às suas vendas oneradas por estas contribuições nos últimos 5 (cinco) anos (Id. 1269721).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. *É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.*

3. *No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo ambos os recursos de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000187-15.2017.4.03.6140

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SR. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM MAUÁ - SP, MINISTERIO DA FAZENDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: MERCADINHO IRMAOS DOMINGOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: ANA CRISTINA SILVA - SP2553070A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pela MMA. Juíza da 1ª. Vara Federal de Santo André, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000187-15.2017.4.03.6140.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela MERCADINHO IRMÃOS DOMINGOS LTDA., na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, ao argumento de que o ICMS não pode ser admitido no conceito de faturamento.

Ao apreciar o pedido liminar, a MMA. Juíza *a quo* indeferiu medida (Id 1161015).

Após regularmente processado o feito, a MMA. Juíza *a quo* concedeu a segurança para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante ao recolhimento da contribuição PIS e COFINS sobre as importâncias devidas a título de ICMS, além de autorizar a impetrante a promover a compensação dos créditos. (Id 1161028).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até a finalização do julgamento do RE 574.706. (Id 1161037).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5000818-64.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE CAMPINAS, MINISTERIO DA FAZENDA, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: J.R.T. SAHIUM & CIA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP1712270A, FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP1543990A

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juíz da 8ª. Vara Federal de Campinas, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5000818-64.2017.4.03.6105.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela J.R.T. SAHIUM & CIA LTDA - EPP, na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, assim como a autorização para compensar os valores indevidamente recolhidos a este título.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* deferiu em parte a medida (Id 1091822).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para reconhecer o direito da parte impetrante de não incluir o valor do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, além de autorizar a impetrante a promover a compensação dos créditos. (Id 1091838).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo a suspensão do feito, até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706. (Id 1091845).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.

3. No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento do pedido de modulação de efeitos no RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5001620-35.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS

Advogados do(a) APELADO: ANA MARIA LOPES SHIBATA - SP8050100A, LUIZ OLIVEIRA DA SILVEIRA FILHO - SP1011200S, GONTRAN ANTAO DA SILVEIRA NETO - RJ077274

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª. Vara Federal de São Bernardo do Campo, nos autos do Mandado de Segurança nº. 5001620-35.2017.4.03.6114.

Os autos se referem à ação de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS - ABIMAQ, na qual a parte requereu o reconhecimento do direito à exclusão do valor apurado a título de ICMS para fins de cálculo do PIS e COFINS, garantindo à impetrante o recolhimento das contribuições sem o acréscimo da referida exação, ao argumento de que o ICMS não pode ser admitido no conceito de faturamento.

Ao apreciar o pedido liminar, o MM. Juiz *a quo* deferiu medida (Id 1057048).

Após regularmente processado o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS. (Id 1057056).

Inconformada, a União Federal interpôs o presente recurso de apelação, requerendo seu recebimento no duplo efeito, bem como a suspensão do feito, até o julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 574.706 (Id 1057061).

É o relatório do essencial.

Decido.

Inicialmente, cumpre destacar que nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09, a sentença que concede mandado de segurança começa a produzir efeitos imediatamente. Portanto, nesse caso, o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apenas será atribuído o efeito suspensivo quando configurado o risco de dano ou de difícil reparação e constatada a probabilidade de provimento do recurso. A propósito do tema, destaco julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. ANÁLISE DOS REQUISITOS ENSEJADORES. SÚMULA 7/STJ.

1. *É pacífica a orientação do STJ no sentido de que a Apelação interposta da Sentença que denega a ordem em Mandado de Segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Aplica-se na espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 405/STF: "Denegado o mandado de segurança pela sentença ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária." 2. Em casos excepcionais, configurado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o STJ tem se posicionado no sentido de ser possível sustar os efeitos da medida atacada na via mandamental, até o julgamento da Apelação.*

3. *No entanto, afastar a decisão da Corte de origem que negou o pretendido efeito suspensivo implica revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

4. *Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 368.657/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014)

No mesmo sentido, nas hipóteses em que o efeito suspensivo é uma exceção no recurso de apelação, exige-se ao apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do CPC/15).

Tanto a "probabilidade de provimento do recurso" quanto a "relevância da fundamentação" consubstanciam o *fumus boni iuris*, fundamental para a concessão de tutelas provisórias. No entanto, elas se diferenciam quanto à força dos argumentos referentes à probabilidade da existência do direito.

A primeira hipótese (demonstração da probabilidade de provimento do recurso) afasta a necessidade de comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, porquanto fundada em alto grau de probabilidade da existência do direito. Nesse caso será concedida uma tutela de evidência.

A segunda hipótese exige o preenchimento cumulativo dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, caso em que será concedida uma tutela de urgência.

Ademais, nos termos do parágrafo único do artigo 995, do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da r. decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do Relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Assim, analisando esses artigos, percebe-se que os requisitos para a concessão do efeito suspensivo são: risco de dano grave ou de difícil reparação e probabilidade de provimento do recurso, o que se assemelha em sua essência aos requisitos previstos no artigo 300, do CPC, para a concessão da tutela de urgência.

Numa cognição sumária, pertinente ao presente momento processual, verifica-se que, embora a apelante requeira a concessão de suspensão do feito, a recorrente não demonstrou o preenchimento dos requisitos para isso, não comprovando a probabilidade do provimento do recurso, ou evidenciado diante de relevante fundamentação haver risco de dano grave ou de difícil reparação.

De início, ressalto que a controvérsia versada nestes autos cinge-se à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a apelada afirma a inconstitucionalidade da inclusão requerendo o afastamento do ICMS na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A esse respeito, saliento que, em casos como tais, o entendimento esposado por esta Relatoria, assente no julgamento proferido pelo C. STJ no REsp nº.1.144.469/PR, submetido à sistemática de recursos repetitivos, era no sentido de que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que integram o preço das mercadorias e/ou dos serviços prestados para quaisquer efeitos, devendo, pois, serem considerados receita bruta ou faturamento para a apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Todavia, ressalvo o anterior posicionamento e curvo-me ao quanto deliberado pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal que, em sessão de julgamento realizada em 15.03.2017, ao apreciar o RE nº. 574.706/PR sob a sistemática da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), deu provimento ao referido recurso extraordinário e firmou, sob o tema nº. 69, a seguinte tese:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. (Ata de Julgamento nº. 06, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico do STF - edição nº. 53, de 17/03/2017)

O Acórdão do referido julgamento foi assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Insta salientar que, nos termos do voto da eminente Relatora Ministra Carmem Lúcia, a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade previstas na Constituição, uma vez que não representa faturamento ou receita, sendo apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

O também eminente Ministro Celso de Mello, acompanhando o entendimento da Relatora, afirmou que o texto constitucional define que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou faturamento das empresas. Destacou, ainda, que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, o qual é totalmente repassado aos estados e Distrito Federal.

Portanto, o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que referido imposto não configura faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido ao Estado.

Impende frisar que, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da decisão proferida através de embargos de declaração não justifica o acolhimento do pedido de suspensão, uma vez que não restou demonstrada a probabilidade de provimento de recurso, bem como não ficou evidenciado o risco de dano grave ou de difícil reparação para apelante.

Assim, indefiro o pedido da União Federal de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração nos autos do RE 574.706.

Diante do exposto, recebo o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, com fulcro no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009531-10.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SUCOCITRICO CUTRALE LTDA

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto pela União Federal, por contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, que deferiu o pedido de medida liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV, do CTN, acolhendo ao mesmo tempo o seguro garantia apresentado como meio de assegurar o ressarcimento da pessoa jurídica, nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, cuja vigência deverá ser mantida até o trânsito em julgado da sentença nestes autos proferida, sob pena de revogação da liminar”.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Pleiteia a parte agravante a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

Na espécie, a parte agravante se limita a alegar que os efeitos da r.decisão poderão acarretar prejuízos de difícil e incerta reparação, sem esclarecer concretamente que prejuízos seriam esses.

Nesses termos, prevalece a conclusão de que, inexistente, ainda que reconhecido o direito do agravante, perigo de lesão grave e de difícil reparação capaz de justificar a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Desse modo, ausente o risco, desnecessário o exame da probabilidade de provimento do recurso, pois, por si só, não justifica a concessão da medida pleiteada.

Ante o exposto, INDEFIRO o efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. Juízo “a quo” o teor da presente decisão.

Intime(m)-se.

Publique-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Senador Moto Shop Peças para Motos Ltda. - EPP** contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu liminar que objetiva a exclusão da incidência de ICMS da base de cálculo do IRPJ e CSSL (Id. 3449741 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente do recolhimento de tributo indevido e conseqüente prejuízo à sua situação econômico-financeira.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada em parte a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)"

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

"O periculum in mora reside no fato de que, não suspensa a exigibilidade e dos tributos questionados, a Agravante estará recolhendo tributos manifestamente indevidos, em flagrante prejuízo ao seu fluxo de caixa, sobremaneira afetado, prejudicando o resultado útil do processo, vez que, caso os requerimentos de mérito formulados ao Mandado de Segurança sejam procedentes no futuro a Agravante terá de se submeter ao solve et repete, instituto totalmente rechaçado no direito tributário.

(...)

Pois bem, a manutenção da cobrança tributária com base em fundamentos ilegais e inconstitucionais por si só já contém gravidade suficiente fundamentadora da concessão do efeito suspensivo.

A fundamentação relevante se demonstra na situação de desequilíbrio, especialmente pela demonstração da inconstitucionalidade e ilegalidade na cobrança da exação em detrimento às garantias constitucionais da proporcionalidade e legalidade tributária, indo em desconformidade à segurança jurídica.

O risco de lesão grave e de difícil reparação, da mesma forma, representa-se no aumento dos custos da atividade econômica da Agravante. Neste diapasão é que a negativa de liminar posta pelo Ilustre Juiz de primeiro grau afeta significativamente a ordem social e financeira da Agravante, em total afronta aos princípios da livre iniciativa e propriedade privada, devendo ser revista com base nas jurisprudências dos Tribunais Superiores.

(...)"

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão do recolhimento de tributos que reputa indevido, em detrimento de seu fluxo de caixa, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Frise-se que a violação à lei, à Constituição Federal e aos princípios invocados não diz respeito à urgência, mas ao mérito da controvérsia. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a tutela recursal antecipada** requerida.

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de mandado de segurança, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023275-72.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: MICRO TATUAPE EDICOES CULTURAIS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: TOSHIO HONDA - SP18332, CELSO NOBUO HONDA - SP260940

AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Micro Tatuapé Edições Culturais Ltda.** contra decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu a penhora de eventuais ativos financeiros da devedora (Id. 1443679).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente dos prejuízos à sua situação financeira, em virtude de eventual bloqueio de ativo financeiro.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso. Passa-se à análise.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

"Lesão grave e de difícil reparação se for mantida a decisão que deferiu bloqueio dos ativos financeiros comprometendo, sobretudo, a vida financeira e os compromissos comerciais da Agravante em caso de bloqueio de contas.

(...)."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão de eventual bloqueio de ativos financeiros, o que comprometerá sua vida financeira, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023450-66.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: MULTILASER INDUSTRIAL S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP2188570A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Multilaser Industrial S.A.** contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu liminar “*para que a impetrada lavre o Auto de Infração e Imposição de Multa, no prazo de 24 horas, e, por consequência dê seguimento aos trâmites para o desembaraço aduaneiro das mercadorias constantes das Declarações de Importação n.ºs 17/1257195-0 e 17/1285990-2, e, nessa hipótese, deverá a autoridade desembaraçar as mercadorias após o recebimento da impugnação administrativa sem a exigência de depósito ou outras garantias como exigido pela Portaria MPF 389/76.*” (Id. 2960590 dos autos de origem). Opostos embargos de declaração, foram acolhidos em parte para “(1) *acrescentar à decisão embargada o fundamento de que o condicionamento da liberação da mercadoria importada ao recolhimento dos tributos incidentes na importação é legítimo, conforme recente decisão do E. STF; (2) indeferir o pleito liminar.*” (Id. 3364469 dos autos de origem).

A recorrente interpôs o presente agravo de instrumento com a finalidade de reforma da decisão para “*determinar o desembaraço e a liberação das mercadorias objeto das DI n.º 17/1257195-0 e 17/1285990-2 sem que seja necessário a apresentação de depósito ou qualquer outro tipo de garantia financeira (...)*” (griei).

Enquanto se aguardava o julgamento do recurso, a recorrente promoveu o oferecimento de garantia para a liberação da mercadoria nos autos de origem, conforme verificado em consulta ao sistema eletrônico de acompanhamento processual da Justiça Federal de primeira instância (Id. 3884066, 3884115, 3884130 e 3884142 dos autos de origem). Dessa forma, não subsiste interesse no julgamento deste recurso, à vista da perda superveniente de seu objeto (não apresentação de garantia para fins de liberação das mercadorias objeto das DI n.º 17/1257195-0 e 17/1285990-2).

À vista do exposto, **DECLARO PREJUDICADO O AGRAVO DE INSTRUMENTO**, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, ante a superveniente perda de objeto.

Publique-se.

Intime-se.

Oportunamente, observadas as cautelas legais, arquivem-se os autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023675-86.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

AGRAVADO: JESSE ESTEVAM SANTOS - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO AFONSO DE ALMEIDA RODRIGUES - SP223163

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto pelo **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA** contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu pedido do exequente para que o valor depositado pelo executado fosse incorporado ao seu patrimônio pelo procedimento de conversão em renda (Leis nº 4.320/64, 5.172/66 e 6.830/80) e determinou a liberação da quantia por meio de mandado de levantamento, com fundamento em ato da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP (Id. 1469604, páginas 16 e 22).

Pleiteia a concessão de tutela recursal antecipada, à vista do *periculum in mora*, decorrente da paralização do processo.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"Considerando a jurisprudência dominante já exposta, verifica-se presente a verossimilhança das alegações do(a) Agravante. De igual maneira, o dano irreparável e de difícil reparação está patente, porquanto a manutenção da r. decisão acarretará a paralisação da execução, já que os procuradores federais integrantes da Advocacia-Geral da União não dispõem de poderes ou competência para efetuar saques de valores devidos às Autarquias que representam, podendo até mesmo incorrerem em responsabilização funcional caso o façam."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo em razão da paralisação da execução, em razão de os procuradores federais integrantes da Advocacia Geral da União não disporem de poderes ou competência para efetuar saques de valores devidos às autarquias que representam, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023715-68.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: GERAL PARTS COMERCIO DE PECAS E ABRASIVOS LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP2529460A

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto pela **União** contra decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu liminar para determinar “*que as bases de cálculo do IRPJ e CSLL, na sistemática do lucro presumido, sejam apuradas sem a inclusão do ICMS.*” (Id. 3013120 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente da lesão grave à arrecadação federal.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso. Passa-se à análise.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"As considerações adrede tecidas evidenciam a necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso. Conforme destacado, não há fundamento relevante que justifique a aplicação, por analogia, de um precedente jurisprudencial que sequer teve seu julgamento concluído. Os impactos da impossibilidade de cobrança observando-se as bases de cálculo aplicáveis conforme a legislação vigente, relativamente à Agravada, tende a gerar prejuízos à arrecadação federal."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que apenas foi suscitado genericamente prejuízo à arrecadação federal pela impossibilidade de cobrança do tributo. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. Posteriormente, à vista de que se trata de agravo de instrumento dependente de mandado de segurança, intime-se o Ministério Público Federal que oficia no segundo grau para oferecimento de parecer como fiscal da lei, conforme o inciso III do mesmo dispositivo.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023440-22.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: ICLA S/A COMERCIO INDUSTRIA IMPORTACAO E EXPORTACAO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE RENA - SP49404
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **ICLA S/A Comércio Indústria Importação Exportação** contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade, na qual foi aduzida a prescrição intercorrente do crédito tributário (Id. 1457945).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente do prosseguimento do feito executivo, com a consequente penhora de seus bens.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso. Passa-se à análise.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

"Quanto ao periculum in mora, este se configura pelos prejuízos que advirão à Agravante, correspondente ao prosseguimento da exigência fiscal, com a constrição que recairá sobre o patrimônio da Agravante, inclusive já deferida a penhora de dinheiro via BACENJUD."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão do prosseguimento do feito executivo, com a constrição sobre o seus bens, especialmente a penhora de dinheiro já deferida, sem a sua especificação, para fins de análise da urgência. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017461-79.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: CENTRO DE ENDOCRINOLOGIA DE SOROCABA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ CARLOS DE ANDRADE LOPES - SP240052, RODRIGO FRANCISCO DA SILVA VALU - SP243767

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Centro de Endocrinologia Sorocaba Ltda.** contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a garantia ofertada pela executada, em razão da expressa recusa da exequente (Id. 1116731, página2).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente da possibilidade de sofrer constrição judicial de seu patrimônio.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada em parte a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

*"Por sua vez, o **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação** está plenamente identificado, uma vez que se apresenta como aquele que está produzindo efeitos na demora da prestação jurisdicional, pois, caso não seja concedida a antecipação da tutela recursal, a Agravante terá mantido o seu nome indevidamente no Cadin e sofrerá os temerários efeitos de uma eventual constrição judicial de seus bens, diga-se, indispensáveis para o desenvolvimento regular de suas atividades, pelo simples fato de que o Exmo. Juízo a quo não reconheceu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário."*

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão da possibilidade de sofrer constrição judicial de seu patrimônio que é indispensável para o desenvolvimento de suas atividades, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Quanto à inscrição do nome no CADIN, não foi acostado nenhum documento nesse sentido, tampouco houve manifestação do juízo *a quo* sobre o tema. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a tutela recursal antecipada** requerida.

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024418-96.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: ANTONIO MARTINS MOURA, JACOB BIRMAN, JOHN ULRICH MORGENTHALER, SYBELE WALLY ANTONIA RUGGIERO BRAGA, WILSON ELIAS, ROBERTO BRAGA, ORLANDO JOSE BASTOS BRANDAO, ALAN CARDEC CAMPOS DE SOUZA, SUMAYA GERAB

INTERESSADO: CARLOS SGARBI SOBRINHO

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117,

Advogado do(a) INTERESSADO: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336

Advogados do(a) AGRAVANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336, ANDREIA FERNANDES COURA - SP198117

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Alan Cardec Campos de Souza** e **Outros** contra decisão que indeferiu a devolução dos prazos processuais pleiteada, ao fundamento de que se constata dos autos que o patrono dos recorrentes atua no feito desde a fase inicial e que consta no sistema processual que recebeu publicações em seu nome das decisões proferidas, sobretudo após o retorno dos autos do TRF da 3ª Região (Id. 1511750, páginas 93/94).

Pleiteiam os agravantes a antecipação da tutela recursal.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da lei processual civil estabelecem:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

[...]

A outorga da antecipação da tutela recursal, portanto, é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifiquem, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

In casu, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

Não foram desenvolvidos argumentos com relação à possibilidade de a decisão agravada acarretar lesão à agravante, que se limitou a pleitear a medida de urgência na petição de interposição e no pedido, sem apontar quais os eventuais danos que a manutenção do *decisum* poderia ocasionar com a espera pelo julgamento deste recurso para a análise da configuração do perigo da demora. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, da lei processual civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020012-08.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TOABRAS COMERCIAL LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCIA DAS NEVES PADULLA - SP108137

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em sede de execução fiscal, acolheu em parte a exceção de pré-executividade para declarar a prescrição do crédito tributário constituído entre 10.01.2006 a 02.05.2007 (Id. 1327318/1327321).

Pleiteia a agravante a concessão de efeito suspensivo.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;
[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso. Passa-se à análise.

In casu, não foram desenvolvidos argumentos com relação à possibilidade de a decisão agravada acarretar lesão à agravante, que se limitou a requerer a concessão do efeito suspensivo sem apontar quais os eventuais danos que a manutenção do *decisum* poderia ocasionar para a análise por esta corte da configuração do perigo da demora. Desse modo, ausente o risco, desnecessário o exame da probabilidade de provimento do recurso, pois, por si só, não justifica a concessão da medida pleiteada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, da lei processual civil.

Publique-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024571-32.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SILVESTRE DE LIMA NETO, IRENE SILVESTRE DE LIMA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MAURICIO RODRIGUES DA COSTA - SP196327

Advogado do(a) AGRAVANTE: MAURICIO RODRIGUES DA COSTA - SP196327

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BANCO BRADESCO SA, BEM DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA, KONDOR ADMINISTRADORA E GESTORA DE RECURSOS FINANCEIROS LTDA

DESPACHO

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023590-03.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: AUTOMETAL S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: LEONARDO BRIGANTI - SP1653670A, DJALMA DOS ANGELOS RODRIGUES - SP2573450A

AGRAVADO: UNIAO - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto por **Autometal S.A.** contra decisão que, em sede de ação pelo rito ordinário, indeferiu tutela de urgência que objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao fundamento de que a “*ação anulatória de débito deve contar com o depósito preparatório do valor da exigência, monetariamente corrigido e acrescido de juros e multa de mora e demais encargos, a permitir a suspensão da exigibilidade do crédito em discussão, nos estritos termos do art. 38 da Lei nº 6.830/80, norma legal que expressamente trata da matéria de forma específica, impedindo interpretações tendentes a dispensar a providência.*” (Id. 3408771 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente da possibilidade de constrição judicial de seus bens.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada em parte a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

"Com efeito, o "perigo de dano" decorre do risco iminente da Agravante sofrer a constrição de seu patrimônio para pagar ou garantir débito de valor elevado que comprovadamente está sub judice e é objeto de Apólice de seguro contratado com garantidor sólido e em montante integral.

Por fim, resta evidente o "risco ao resultado útil do processo" uma vez que, caso não seja concedida a tutela provisória de urgência ora pleiteada, é óbvio que o presente recurso não se prestará futuramente a preservar o direito da Agravante, comprometendo, assim, a eficácia da própria decisão final a ser proferida nesse Agravo de Instrumento."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão da possibilidade de sofrer constrição judicial de seu patrimônio, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Frise-se que não há risco ao resultado útil do processo, uma vez que, reconhecida futuramente a inexigibilidade do crédito tributário, eventuais penhoras serão levantadas. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a tutela recursal antecipada** requerida.

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Numeral 80 Participações S.A.** contra decisão que, em sede de execução fiscal, manteve a decisão de fl. 399 e reconsiderou parcialmente a de fls. 356/359, para estabelecer que a suspensão da execução fiscal até o julgamento definitivo do mandado de segurança n.º 0016708-51.2014.4.03.6100 não impede a adoção de medidas constritivas, em razão da inexistência de causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas que devem ser suspensos os atos executórios de eventuais bens penhorados até o julgamento definitivo do *mandamus* (Id. 1110058, páginas 61/63).

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo, à vista do *periculum in mora*, decorrente da manutenção da penhora indevida sem que tenham sido julgados a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança n.º 0016708-51.2014.4.03.6100.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)"

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, os recorrentes desenvolveram o seguinte argumento:

"39. Nesse passo, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação consiste na possibilidade de a agravante ter contra si a manutenção de uma penhora indevida, antes mesmo do julgamento do mérito tanto da exceção de pré-executividade na execução fiscal, quanto do mandado de segurança que constitui a prejudicialidade externa, motivo pelo qual é de rigor que Vossa Excelência, revisando a matéria, conceda a antecipação dos efeitos da tutela recursal aqui pretendida, na forma do art. 1019, I do Código de Processo Civil, para o fim de suspender os atos constritivos e executórios pela agravada até julgamento do mérito do presente recurso, determinando-se também o recolhimento e insubsistência da penhora no rosto dos autos determinada pelo Juízo singular, na forma da decisão aqui agravada."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão da manutenção de penhora antes do julgamento do mérito da exceção de pré-executividade e do mandado de segurança que constitui a prejudicialidade, sem a sua especificação para fins de análise da urgência. Saliente-se que o juízo *a quo* expressamente determinou a suspensão dos atos executórios em relação à eventual garantia e, assim, a recorrente não corre o risco de ter seu patrimônio diminuído até o julgamento definitivo do mandado de segurança. Desse modo, ausente o perigo de dano iminente ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO o efeito suspensivo ativo** pleiteado.

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao juízo de primeiro grau, para que dê cumprimento à decisão.

Publique-se.

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por **Metalúrgica Mikro Ltda. - EPP** contra decisão que, em sede de ação pelo rito ordinário, deferiu em parte a tutela de urgência pleiteada, unicamente para autorizar a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, com a abstenção da agravada de praticar qualquer ato tendente à exigência do crédito tributário respectivo, até final decisão da ação, sem, contudo, deferir o pedido de compensação (Id. 2960750 dos autos de origem).

Pleiteia a concessão de tutela recursal antecipada, à vista do *periculum in mora* decorrente da possibilidade de ter seu nome inscrito em dívida ativa, com o ajuizamento de execução fiscal e suas consequências.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificada a concessão da providência pleiteada. Acerca da antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento, assim dispõe o novo Código de Processo Civil:

"Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

(...)"

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da nova lei processual civil assim estabelecem:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer; podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Evidencia-se, assim, que a outorga da antecipação da tutela recursal é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, a recorrente desenvolveu o seguinte argumento:

"Veja que caso a Agravante deixe de se submeter às ilegalidades constantes nas normas mencionadas sem o respaldo do Poder Judiciário será prejudicada com a inscrição de seu nome na dívida ativa, com o consequente ajuizamento de Execuções Fiscais e a negativa de emissão de Certidão Negativa de Débitos, o que comprometerá em muito as suas atividades."

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que foi suscitado genericamente prejuízo à agravante em razão do prosseguimento do feito executivo sem a sua especificação, para fins de análise da urgência. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **INDEFIRO a antecipação da tutela recursal.**

Intime-se a agravada, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

DESPACHO

Intime-se o agravado, nos termos e para os efeitos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Excelentíssimo Desembargador Federal, Relator de plantão no recesso, Dr. **CARLOS MUTA**, faço a intimação do agravante referente a r. decisão **ID 1542441**, proferida durante o recesso judicial que impossibilitou a disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 28 de dezembro de 2017.

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

DECISÃO

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de agravo de instrumento à negativa de liminar, em mandado de segurança, impetrado para obstar os efeitos do ato declaratório executivo RFB 122/2017, que suspendeu a isenção/imunidade tributária da agravante, no período de 01/01/2012 a 31/12/2013.

Alegou que: (1) de acordo com o procedimento previsto no artigo 32, §§, da Lei 9.430/1996, a emissão de ato suspensivo de imunidade/isenção deve ser precedida de notificação da entidade para defender-se, recebimento da defesa pela RFB, oportunidade para produção de provas, e julgamento pela autoridade tributária, e, somente no caso de improcedência da defesa apresentada, ser emitido o “ato suspensivo de imunidade”; (2) apenas após a expedição de tal “ato suspensivo de imunidade” é possível à RFB lavrar autos de infração; (3) no procedimento fiscal 19515.721099/2017-61, a autoridade tributária apontou possível descumprimento de requisitos para fruição de imunidade de entidade beneficente pela agravante, relativamente ao período de 2012 e 2013, intimando-a a apresentar defesa, através da notificação TDPF 0819000-2015-02517-8; (4) tendo apresentado defesa, a agravante requereu a produção de prova pericial, o que foi indeferido, assim como rejeitada a defesa apresentada; (5) manifestamente nula a decisão que rejeitou a produção de prova pericial, por ofensa ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pois a decisão que julgou improcedente a defesa teve como base o pagamento de remuneração aos seus dirigentes em valores muito superiores à média nacional, o que caracterizaria a indevida distribuição de patrimônio/rendimentos a terceiros; (6) tal prova era de vital importância para a defesa, “na medida em que cabalmente restaria demonstrado que a remuneração paga aos seus dirigentes, embora elevada frente a uma pretensa e simples média aritmética coligida pelos auditores-fiscais [...] era perfeitamente consentânea com aquelas praticadas por outras entidades de similar porte e faturamento [...] assim é que aguardava a ora agravante, então, o deferimento da perícia, com a consequente oportunidade de apresentar quesitos, nomear assistente técnico e, ainda, para viabilizá-la, requerer a disponibilização de informações às quais não teria acesso sem a intervenção da própria Receita Federal do Brasil (por exemplo, dados precisos sobre a remuneração de dirigentes de outras entidades de similar porte e faturamento aos da ora impetrante)”; (7) mesmo antes da apresentação da defesa, houve a lavratura de autos de infração em face da agravante, embora a suspensão da imunidade somente tenha eficácia após a emissão do ato declaratório; e (8) necessária a concessão da medida antecipatória, tendo em vista que a imposição de débitos de elevado valor inviabiliza o prosseguimento das atividades da agravante, deixando desatendidos milhares de usuários do sistema público de saúde, tendo em vista o papel de entidade gestora de hospitais públicos da recorrente, na qualidade de organização social.

DECIDO.

Não se verificam presentes os requisitos para o exame do feito em plantão judiciário, nos termos do artigo 1º, Resolução CNJ 71/2009, pois o lançamento fiscal decorrente da eficácia da “suspensão de imunidade” sujeita-se à impugnação administrativa, causa de suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151, III, CTN, fundamento suficiente e bastante para afastar o pleito deduzido nesta oportunidade.

De qualquer sorte, cabe acrescer, por sua vez, que, embora a agravante alegue que a realização da perícia contábil fosse imprescindível para demonstrar que a média salarial de dirigentes de empresas de porte equivalente à da entidade agravante não discrepa daqueles valores pagos, é certo que o descumprimento de requisitos para fruição de imunidade não decorre exclusivamente da constatação de pagamentos de remuneração “superfaturada”, como hipótese de distribuição de patrimônio da entidade beneficente.

De fato, conforme notificação enviada à entidade, a RFB considerou a existência de descumprimento dos requisitos para usufruir da isenção (artigo 14, CTN), notadamente a distribuição de patrimônio da entidade a terceiros, tendo em vista que, além do pagamento de remuneração aos dirigentes da entidade: (1) houve pagamento de valores, a título de prestação de serviços, a empresas de consultoria de propriedade dos dirigentes, sem efetiva comprovação da realização de serviços e escrituração contábil dos valores; (2) houve enorme disposição da entidade em efetuar acordos em demandas trabalhistas ajuizadas pelos dirigentes, sem homologação pela Justiça do trabalho, revelando demandas laborais simuladas para transferências de recursos da entidade; e (3) os pagamentos de remuneração aos dirigentes revelaram-se muito elevados em relação à média dos salários do setor.

Note-se que a perícia contábil requerida teria pertinência tão somente em relação à constatação da RFB de que os salários pagos pela entidade estariam muito acima do montante devido, o que não tem o efeito, pois, de afastar a eficácia da “suspensão de imunidade”, tendo em vista que baseado em outros fatos constatados em extensa fiscalização pela RFB, a demonstrar o descumprimento dos requisitos do artigo 14, CTN.

Ante o exposto, aguarde-se o retorno das atividades regulares da Corte, remetendo-se os autos, desde logo, ao relator designado para oportuna deliberação.

Publique-se.

São Paulo, 27 de dezembro de 2017.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal
em plantão judicial

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014555-19.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: ANTONIO CARNIATO FILHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA ANGELICA CLAPIS - SP164569

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

D E C I S Ã O

Vistos.

É condição de admissibilidade do recurso a tempestividade da interposição.

O agravante foi intimado da decisão recorrida mediante vista dos autos em 19.07.2017 (ID 962653 – pág. 20).

O presente agravo de instrumento, no entanto, foi protocolado neste Tribunal somente em 14.08.2017 (ID 962364), fora, portanto, do prazo previsto no artigo 1.003, § 5º c.c. o artigo 219, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, **não conheço** do presente recurso, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009614-26.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

AGRAVANTE: USINA CAROLO S/A-ACUCAR E ALCOOL

Advogado do(a) AGRAVANTE: RALPH MELLES STICCA - SP236471

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo R. Juízo da 1ª Vara de Ribeirão Preto que recebeu os embargos sem suspensão da execução fiscal (ID Num. 743048 - Pág. 5).

Em consulta ao sistema processual informatizado, verifico que foi proferida sentença nos autos do processo originário.

Portanto, está configurada a perda do objeto do presente recurso, em face da ausência superveniente de interesse.

Em face de todo o exposto, não conheço do agravo de instrumento, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

APELAÇÃO (198) Nº 5002529-62.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 29/12/2017 162/164

APELANTE: FELICIA ROMERO MESA
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANI RODRIGUES - MS1016900A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 27 de dezembro de 2017.

APELAÇÃO (198) Nº 5002072-30.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: DIDIO ALFREDO
Advogado do(a) APELADO: VANILTON CAMACHO DA COSTA - MS7496000A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 27 de dezembro de 2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008471-02.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: JOSE MANOEL ALVES DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: VANILDA GOMES NAKASHIMA - SP132093
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 27 de dezembro de 2017.