



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N°
5037137-49.2018.4.04.0000/RS

AGRAVANTE: SUL ALFA DISTRIBUIDORA LTDA
ADVOGADO: DIEGO GALBINSKI
AGRAVADO: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por SUL ALFA DISTRIBUIDORA LTDA. em face da decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido de concessão da medida liminar, para:

4.1.1.1. suspender a exigibilidade dos créditos tributários de PIS/COFINS sobre ICMS/ICMS-ST (CTN, Art. 151, IV); e

4.1.1.2. assegurar o direito à compensação tributária dos pagamentos indevidos de PIS/COFINS sobre ICMS/ICMS-ST, com o acréscimo da Taxa Selic, desde a data do seu desembolso, antes do trânsito em julgado da decisão, em que pese o art. 170-A do CTN;

Afirma a parte agravante, em síntese, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n° 574.706, decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. Sustenta, ainda, a possibilidade de compensação antes do trânsito em julgado, por ser inaplicável ao caso o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

É o breve relatório. Passo a decidir.

O juízo de origem indeferiu a medida liminar, sob o entendimento de que, no caso, não se afigura presente o perigo da demora.

Entretanto, esta Turma admite a concessão da tutela de evidência em sede de mandado de segurança.

Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DA LIMINAR. TUTELA DE EVIDÊNCIA. 1. É possível o deferimento parcial do pedido liminar, com fundamento no art. 311 do CPC (tutela de evidência) desde que a tese pontuada no mandamus esteja sufragada ou no STJ ou no STF. 2. A Lei do Mandado de Segurança que é de 2009, explicita a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC, sobretudo, quando a sua disposição geral não é afrontosa do seu micro sistema 5. Agravo de instrumento provido, em parte. (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5000939-47.2017.404.0000, SEGUNDA TURMA, Juiz Federal ROBERTO FERNANDES JUNIOR, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 05/04/2017)

A concessão da tutela da evidência independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Mas ela depende da caracterização de alguma das situações arroladas nos diversos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Confira-se:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

No presente caso, argumenta-se que o Supremo Tribunal Federal teria adotado a tese na qual a parte agravante

se baseia.

De fato, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assim deliberou:

*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. (STF, RE 574.706/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017, publicado em DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)*

O acórdão respectivo ainda não transitou em julgado.

No entanto, é improvável que seu sentido seja alterado.

Existe, porém, a possibilidade em tese de, na análise dos embargos de declaração interpostos pela União, serem modulados seus efeitos temporais.

Caso ocorra, essa modulação temporal produzirá reflexos sobre a pretensão de compensação de valores recolhidos indevidamente.

Em razão disso, o pedido de reconhecimento do direito da impetrante, ora agravante, à compensação das prestações recolhidas indevidamente não pode ser deferido em sede de liminar.

De resto, ao contrário do que alega a parte agravante, eventual compensação depende do trânsito em julgado da decisão judicial que a autorizar (Código Tributário Nacional, artigo 170-A).

Impõe-se, portanto, o deferimento da antecipação da tutela recursal, apenas para assegurar à parte agravante o direito de, doravante, não incluir o valor do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, nos recolhimentos das **prestações vincendas** dessas contribuições. Desimporta, para tal fim, que o valor do ICMS incidente sobre uma parte das operações praticadas pela parte impetrante, ora agravante, haja sido anteriormente cobrado e recolhido, por seu(s) fornecedor(es), pelo regime de substituição tributária.

Ante o exposto, **defiro em parte** o pedido de antecipação da tutela recursal, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao juízo de origem.

Intimem-se, sendo a parte agravada para, querendo, oferecer resposta no prazo legal.

Após, voltem os autos eletrônicos para julgamento.

Documento eletrônico assinado por **SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000704298v3** e do código CRC **0fa6fa55**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
Data e Hora: 3/10/2018, às 8:6:52

5037137-49.2018.4.04.0000

40000704298.V3