



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1693753 - SP
(2020/0093977-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S/A
ADVOGADOS : GLÁUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570
GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
ARIANE COSTA GUIMARÃES E OUTRO(S) - DF029766
MILTON DOTTA NETO - SP357669
ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692
RODRIGO MEDEIROS BEZERRA DE MELO - RN014797
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. RE 574.706/PR (TEMA 69). PRETENDIDA DELIMITAÇÃO TEMPORAL DA ABRANGÊNCIA DO JULGADO DO STF, PARA EFEITO DE AFASTAMENTO DA LITISPENDÊNCIA RECONHECIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A QUESTÃO SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, NA SEARA DO RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. ACÓRDÃO RECORRIDO, ADEMAIS, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agrado interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se, na origem, de Agrado de Instrumento, ajuizado contra decisão que, em Mandado de Segurança, ajuizado em 07/03/2017 – no qual se pleiteou o reconhecimento do alegado direito líquido e certo da parte agravante de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS valores a título de ICMS e ISS, a partir do advento das alterações legislativas promovidas pela Lei 12.973/2014 –, houve por bem extinguir o processo, com relação ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com base no art. 485, V, do CPC/2015, por litispendência com outro Mandado de Segurança, ajuizado antes do advento da referida Lei 12.973/2014, além do que indeferiu o requerimento de medida liminar, no que tange ao ISS, por considerar inexistente o **fumus boni iuris**. Por decisão monocrática, o Agrado de Instrumento, a princípio, foi julgado prejudicado, por perda de objeto, diante da superveniente prolação de sentença denegatória do Mandado de Segurança. Opostos Embargos de Declaração à aludida decisão monocrática, restaram eles acolhidos, para reconhecer que o julgamento da ação mandamental ocasionou apenas a perda parcial de objeto do

Agravo de Instrumento, tão somente no tocante ao pedido relativo ao ISS, restando mantido o processamento do recurso, quanto à discussão a respeito da ocorrência de litispendência, relativamente à pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. No acórdão recorrido, o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento, por considerar inafastável a litispendência reconhecida. Opostos Embargos de Declaração ao acórdão recorrido, restaram eles rejeitados. No Recurso Especial, sob alegada violação aos arts. 17, 37, §§ 1º e 3º, 485, V, e 1.022, II, do CPC/2015, e 5º, XXXV, da Constituição Federal, a parte agravante sustentou, de um lado, a nulidade do acórdão dos Embargos de Declaração, por suposta omissão não suprida pelo Tribunal de origem, e além disso, a existência de interesse processual e a não configuração de litispendência, na espécie.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

V. No caso, a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal. Dessa forma, é inviável o exame da insurgência, tal como posta, em sede de Recurso Especial, que se restringe à uniformização da legislação infraconstitucional. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.559.705/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/02/2020).

VI. Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a superveniência da Lei 12.473/2014 não altera o entendimento firmado pelo STF, na análise do Tema 69/STF, de modo que é inafastável o reconhecimento da litispendência, na espécie. Em casos análogos, os seguintes precedentes desta Corte: STJ, AgInt no AREsp 1.508.814/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/06/2020; EDcl no AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 382.055/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/12/2020.

VII. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 09 de novembro de 2021.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

**AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.693.753 - SP
(2020/0093977-0)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S.A., em 02/08/2021, contra decisão de minha lavra, publicada em 29/06/2021, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo Interno, interposto por SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S/A, em face de decisão de fls. 648/652e que conheceu do Agravo para conhecer, em parte, do Recurso Especial, e nessa extensão, negar-lhe provimento.

Alega a parte agravante, em síntese, que não se aplicam, no caso dos autos, os óbices das Súmulas 7/STJ e 126/STJ.

Por fim, requer a reforma da decisão, para que 'seja provido o recurso especial, a fim de que seja afastada a litispendência do Mandado de Segurança 0001912-90.2017.4.03.6119 (feito de origem) com o Mandado de Segurança 0009603-10.2007.4.03.6119' (fls. 662/676e).

Assiste razão ao agravante.

Portanto, reconsidero a decisão impugnada e passo a nova análise do Agravo em Recurso Especial.

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S.A., contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO. DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO. LITISPENDÊNCIA. ART. 337, § 1º, DO CPC. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Apesar das alegações da agravante, forçoso reconhecer que a mesma não se desincumbiu do ônus de comprovar o desacerto da decisão agravada.

- Nesse sentido, **é possível notar pelas cópias de doc. n. 713406 que os pedidos de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, efetuados no MS 0009603-10.2007.4.03.6119 e 0001912-90.2017.4.03.6119, baseiam-se na alegação de que o ICMS não compõe o faturamento das contribuições sociais. Deflui disso que, sendo reconhecida tal alegação no processo mais recente, o mais antigo teria decisão idêntica, máxime porque a Lei 12.973/14 não ocasionou nenhuma alteração no contexto relativo a base de cálculo do PIS e COFINS.**

- Esse entendimento foi assentado pela Segunda Seção desta Corte nos autos dos Embargos Infringentes 0012173-11.2007.4.03.6105. Somente se a Lei 12.973/14 houvesse realizado alterações na aludida base de cálculo, então seria possível reconhecer divergências entre os pedidos efetuados pelo agravante nas ações supracitadas.
- Inafastável a litispendência reconhecida.
- Agravado de instrumento não provido' (fl. 514e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 522/528e), os quais restaram rejeitados, nos seguintes termos:

'DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

- A teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I), de omissão (inc. II) e de erro material (inc. III).
- Não se presta ao manejo dos declaratórios, hipótese na qual o embargante pretenda rediscutir matéria já decidida, emprestando-lhe caráter infringente, ou sua pretensão para que sejam respondidos, articuladamente, quesitos formulados.
- Mesmo que opostos os embargos de declaração objetivando ao prequestionamento, não há como se afastar o embargante de evidenciar a presença dos requisitos de que trata o artigo 1.022 do CPC.
- Há no acórdão embargado, expressa manifestação quanto aos fundamentos que levaram ao não provimento do recurso, abordando os dispositivos legais pertinentes e as questões levantadas pela recorrente.
- Apesar das insurgências da embargante, não se prestam os embargos de declaração a rediscussão da matéria apreciada. Noutro passo, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.
- **Frise-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo dessa forma, integrar a base de cálculo das contribuições, por não ser considerado faturamento. Ora, uma vez excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pela reconhecida inconstitucionalidade dessa inclusão, independentemente da lei que a institua, qual seja, Lei 9.718/1998, 10.637/2002, 10.833/2003 ou 12.973/2014, está a decisão do STF a determinar tal exclusão.**

- Dessa forma, não é possível concluir que a ausência de decisão específica sobre a Lei 12.973/2014 inviabilize o exercício do direito da impetrante.
- Ora, o STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão do tributo ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A matéria é constitucional e não legal.
- O próprio embargante admite que as ações 0009603-10.2007.4.03.6119 e 0001912-90.2017.4.03.6119 possuem a mesma finalidade, qual seja, o direito líquido e certo de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores correspondentes ao ICMS incidentes sobre suas operações, de modo que o pedido posterior constitui apenas desdobramento do primeiro.
- Embargos rejeitados' (fls. 546/547e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta violação aos arts. 17, 37, §§ 1º e 3º, 485, V, e 1.022, II, do CPC/2015, sustentando omissão não suprida em Embargos de Declaração, eis que 'o v. acórdão deixou de se manifestar sobre o justo receio da Recorrente de que, vencedora nos autos do Mandado de Segurança impetrado em momento anterior à edição da Lei 12.973/2014, haja óbice para a efetiva aplicação deste título judicial para os períodos posteriores' (fl. 564e).

Afirma, ainda, que 'são distintos os pedidos e as causas de pedir das lides, pelo que não se pode empregar a consequência da litispendência ao presente caso' (fl. 565e); que 'deve o feito retornar à origem para que seja julgado o mérito do pleito relativo à exclusão do ICMS das base de cálculo do PIS/COFINS para os fatos ocorridos sob a égide da Lei 12.973/2014, oportunidade em que deverá ser suspensa a exigibilidade dos débitos tributários' (fl. 569e).

Contrarrazões, a fls. 574/578e.

Inadmitido o Recurso Especial (fls. 579/582e), foi interposto o presente Agravo (fls. 585/600e).

Contraminuta, a fls. 603/607e.

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, em relação ao art. 1.022 do CPC, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente. Vale destacar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.129.367/PR, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada/TRF 3ª

Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2016; REsp 1.078.082/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/06/2016; AgRg no REsp 1.579.573/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2016; REsp 1.583.522/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/04/2016.

No mais, o acórdão do Tribunal de origem concluiu que:

'Frise-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo dessa forma, integrar a base de cálculo das contribuições, por não ser considerado faturamento. Ora, uma vez excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pela reconhecida inconstitucionalidade dessa inclusão, independentemente da lei que a institua, qual seja, Lei 9.718/1998, 10.637/2002, 10.833/2003 ou 12.973/2014, está a decisão do STF a determinar tal exclusão.

Dessa forma, não é possível concluir que a ausência de decisão específica sobre a Lei 12.973/2014 inviabilize o exercício do direito da impetrante.

Ora, o STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão do tributo ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A matéria é constitucional e não legal.

O próprio embargante admite que as ações 0009603-10.2007.4.03.6119 e 0001912-90.2017.4.03.6119 possuem a mesma finalidade, qual seja, o direito líquido e certo de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores correspondentes ao ICMS incidentes sobre suas operações, de modo que o pedido posterior constitui apenas desdobramento do primeiro' (fls. 544/545e).

Nesse contexto, verifica-se que **a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal.**

Dessa forma, é inviável o exame da insurgência, tal como posta, em sede de Recurso Especial, que se restringe à uniformização da legislação infraconstitucional.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL.

1. Nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não é via recursal adequada à revisão de acórdão cuja conclusão se apoia em fundamentação constitucional.
2. **No caso dos autos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao entender que o regramento da Lei 12.973/2014 prejudicaria o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706/PR, o fez com base em fundamentação constitucional, de tal sorte que esse Tribunal não é competente para a revisão do acórdão recorrido.**
3. Agravo interno não provido' (STJ, AgInt no REsp 1.864.391/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/09/2020).

Ademais, ainda que não fosse o caso de se aplicar o referido óbice, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a superveniência da Lei 12.473/2014 não altera o entendimento firmado pelo STF, na análise do Tema 69/STF. De modo que é inafastável a litispendência reconhecida.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TESE FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69/STF. ALTERAÇÃO NORMATIVA INTRODUZIDA PELA LEI 12.973/2014, QUE NÃO ALTERA O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A parte agravante não apresentou qualquer fundamento capaz de reverter as conclusões alcançadas no julgamento monocrático.
2. Com efeito, a solução adotada na decisão vergastada se amolda à jurisprudência desta Corte de Justiça, segundo a qual, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da Cofins. Precedentes: REsp 1.825.159/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2019 e AgInt no REsp 1.724.645/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 15.3.2019.
3. **A axiologia da ratio decidendi não tem o condão de permitir a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que a mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014 não reflete no resultado firmado pelo STF em sede de repercussão geral - RE 574.706/PR.**

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento' (STJ, AgInt no AREsp 1.508.814/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/06/2020).

Pelo exposto, reconsidero a decisão de fls. 648/652e, e, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **a e b**, do RISTJ, **conheço do Agravo, para conhecer em parte do Recurso Especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento**" (fls. 682/687e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"3. Razões para reforma da decisão agravada

3.1. Nulidade do v. acórdão recorrido: Ofensa ao artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil

A decisão agravada não conheceu o recurso especial quanto ao pedido de nulidade, por entender que 'o acórdão recorrido não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia'. Ocorre que, com todas as vênias, tal decisão merece uma segunda reflexão.

Como visto, entendeu o v. acórdão recorrido que haveria identidade entre o Mandados de Segurança de origem e aquele autuado sob o nº 0009603-10.2007.4.03.6119 no que se refere à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS.

Tal argumento se deu pelo fato de que, supostamente, a Lei 12.973/2014 não trouxe alterações que ensejaram mudanças na base de cálculo dos tributos.

Sendo assim, o v. acórdão incorreu em **omissão** quanto à possibilidade de entendimento consistente na **necessidade de títulos judiciais distintos para contemplar os períodos anteriores e posteriores ao advento da Lei 12.973/2014**, recentemente adotado pela Fazenda Nacional e avalizada por precedentes de Tribunais pátrios.

Destaque-se, nesse mister, a declaração de voto do E. Desembargador Marcelo Saraiva, que divergiu do entendimento da E. Turma e entendeu que 'não há que se falar em litispendência, uma vez que a presente ação tem como objeto a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS modificada pela Lei 12.973/14, a partir de janeiro de 2015'.

Ao assim proceder, o Ilustre Desembargador, em declaração de voto, apreciou o ponto omissivo do v. acórdão então embargado, e acolhia naquela oportunidade os embargos com efeitos infringentes. Apesar disso, prosperou o entendimento dos demais membros, que mantiveram a omissão do julgado.

Em que pese a Agravante compreender o entendimento adotado pelo v. acórdão recorrido no sentido da inexistência de alteração legislativa substancial a ponto de ser necessário o manejo de **mandamus** diverso para

tratar do período posterior à Lei 12.973/2014, **existe o justo receio de que a Fazenda Nacional aponte óbices ao gozo de direito que venha a ser reconhecido.**

Com efeito, o interesse processual do autor se configura quando a conduta de outrem, **in casu**, a União, é capaz de ofender sua esfera jurídica. Nesse sentido, confira-se elucidativa passagem doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni:

(...)

Eventual impossibilidade de aproveitamento da decisão judicial, advinda do Mandado de Segurança 0009603-10.2007.4.03.6119, que excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições em comento para períodos posteriores ao advento da Lei 12.973/2014, justifica a impetração do feito ora debatido.

Sendo assim, foi evidenciado o claro interesse de prosseguimento do feito. Caso venha a ser reconhecida a litispendência, poderá sofrer grave prejuízo em razão da não aceitação do título judicial, pela União, para os períodos abarcados pela modificação legislativa trazida pela Lei nº 12.973/2014.

Logo, o v. acórdão recorrido foi omissso ao deixar de apreciar argumentação da Agravante no sentido de demonstrar que o seu interesse processual se configura quando a conduta de outrem, **in casu**, a União, é capaz de ofender sua esfera jurídica.

Ainda, o v. acórdão nada falou acerca do fato de que a própria União tem se posicionado de forma resistente ao reconhecimento do direito sob a vigência da Lei 12.973/14.

Tal argumentação tende, per se, a infirmar as conclusões adotadas pelo v. acórdão recorrido.

De fato, **a União tem se manifestado no sentido de que a tese jurídica julgada pelo RE 574.706/R (Tema 69 – Repercussão Geral) seria aplicável tão somente aos pagamentos efetuados até o advento da Lei 12.973/14.** Logo, os períodos abarcados pela citada modificação legislativa deveriam ter discussão própria para fins de reconhecimento do direito pleiteado.

Veja-se manifestação da União nos autos do processo 5004258-54.2017.4.04.7200 no sentido de que as alterações legislativas promovidas pela referida lei teriam o condão de afastar os efeitos da decisão do **leading case**:

(...)

Por fim, o v. acórdão deixou de manifestar-se sobre recente jurisprudência, invocada pela Agravante, que ilustra bem o interesse processual de se pleitear o reconhecimento do direito em discussão sob a égide da Lei nº 12.973/14, a despeito de não ter havido alterações substanciais no conteúdo das normas.

É que, ainda que de maneira contrária ao entendimento do STF, alguns precedentes vêm acolhendo a argumentação da Fazenda Nacional. Neste sentido, a Apelação 0001757-43.2007.4.04.7111, julgada em 25.07.2018, em trâmite perante o E. TRF da 4ª Região:

(...)

Diante disso, o v. acórdão deixou de se manifestar sobre o justo receio da Agravante de que, vencedora nos autos do Mandado de Segurança impetrado em momento anterior à edição da Lei 12.973/2014, haja óbice para a efetiva aplicação deste título judicial para os períodos posteriores.

Assim, mantidas as aludidas omissões pelo acórdão integrativo, há manifesta violação ao disposto nos artigos 1.022, inciso II e artigo 489, §1º do Código de Processo Civil, razão pela qual a reforma da r. decisão monocrática para conhecer o agravo e dar provimento ao recurso especial, a fim de que seja anulado o v. acórdão integrativo.

3.2. Inexistência de matéria constitucional – competência deste Superior Tribunal de Justiça

A decisão agravada consignou, ainda, que 'a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido'.

Ocorre que o recurso especial interposto pela ora Agravante trata exclusivamente sobre a aplicação do direito processual e as violações perpassadas pelo acórdão recorrido nesse sentido. Ou seja, inexistente matéria constitucional sendo discutida no presente momento.

O referido acórdão de origem chegou à conclusão de que 'sendo reconhecida tal alegação no processo mais recente, o mais antigo teria decisão idêntica, máxime porque a Lei no12973/14 não ocasionou nenhuma alteração no contexto relativo a base de cálculo do PIS e COFINS' e que, assim, seria 'inafastável a litispendência reconhecida'.

No entanto, ao assim consignar ofendeu os artigos 17, 337 e 485 do Código de Processo Civil, dispositivos de lei federal.

Ora, conforme já apontado pela Agravante, o artigo 17 do CPC consigna que 'para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade'.

Tal dispositivo foi violado pelo acórdão de origem tendo em vista que, como dito, **há interesse de agir da Agravante uma vez que a União possui o firme entendimento de que a Lei 12.973/2014 alterou o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS.**

Exclusivamente o receio da Agravante de se ver diante de tal interpretação, diga-se, descabida de fundamento, foi o que levou a impetração de um novo Mandado de Segurança discutindo os períodos posteriores à edição da referida lei. Portanto, ao entender pela litispendência, o acórdão, sob o enfoque da aplicação do CPC, violou tal dispositivo.

Ademais, **foram violados os artigos 337 e 485 do CPC** que tratam sobre o reconhecimento da litispendência tendo em vista que **a causa de pedir e os pedidos são diferentes** nos dois Mandados de Segurança e, mesmo assim, o acórdão recorrido manteve o reconhecimento da litispendência.

Portanto, nota-se que, com todas as vênias, o acórdão recorrido não dirimiu a controvérsia ora discutida sob o enfoque constitucional e, em verdade, por meio da aplicação, mesmo que equivocada, da legislação processual.

E considerando a função deste Superior Tribunal de Justiça de zelar pela

correta aplicação das normas processuais é que a Agravante interpôs o presente Recurso Especial.

Sendo assim, plenamente viável a reforma do acórdão por esta Corte, não sendo possível falar em invasão de competência do Supremo Tribunal Federal.

3.3. Necessário reconhecimento da litispendência – a Agravante não questiona as matérias de mérito

Por fim, a r. decisão agravada consignou que 'o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a superveniência da Lei 12.473/2014 não altera o entendimento firmado pelo STF, na análise do Tema 69/STF. De modo que é inafastável a litispendência reconhecida'.

Ocorre que é exatamente isso que a Agravante pleiteia: **afastar a litispendência com o Mandado de Segurança anterior para reconhecer que a superveniência da Lei 12.973/2014 não alterou o entendimento firmado pelo STF.**

Sendo assim, em termos materiais de mérito da discussão relativa à exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS/COFINS, a Agravante concorda integralmente com as conclusões do v. acórdão recorrido e da decisão ora agravada. Esse nunca foi o ponto de sua irrisignação e nem poderia ser diferente!

Ora, a pretensão não surge de um interesse natural da Agravante, senão de uma consequência da postura adotada pelo Fisco.

Note-se, aliás, que o reconhecimento da litispendência significa, em última instância, um pronunciamento favorável a Agravante, no sentido de reconhecer a extensão de uma coisa julgada favorável a todos os fatos geradores pertinentes ao tema, independentemente da legislação regente à época.

Ou seja, ao trazer novamente a discussão ao crivo do Judiciário, a Agravante estaria se arriscando a ver limitado um direito já reconhecido.

Assim o fez, todavia, em razão de seu justo receio de sofrer resistência fiscal, a ser eventualmente representada por uma autuação fiscal, que incrementará eventual débito tributário com juros e multa.

Então, embora o direito de exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS/COFINS pareça incontrovertido para a Agravante e para o Judiciário, a relação jurídica em discussão envolve ainda a União, para a qual a controvérsia ainda existe.

Dito de outro modo, mesmo que o direito seja evidente e incontestável, enquanto houver resistência indevida e injusta por parte de um dos sujeitos da relação jurídica tida por incontrovertida, haverá controvérsia, e, portanto, haverá interesse de agir.

Sendo assim, mesmo que seja incontestado que a Lei 12.973/2014 não alterou o entendimento firmado pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, inexistente litispendência entre as ações já que existe o interesse de agir da Agravante consubstanciado no entendimento da própria União, ora Agravada.

Superior Tribunal de Justiça

Por todo exposto, merece reforma a decisão agravada também neste ponto"(fls. 695/701e).

Assim, "pugna seja provido o presente Agravo Interno, para que, reformando-se a decisão agravada, seja provido o Recurso Especial, a fim de que seja afastada a litispendência do Mandado de Segurança 0001912-90.2017.4.03.6119 (feito de origem) com o Mandado de Segurança 0009603-10.2007.4.03.6119" (fl. 701e).

Intimada (fl. 704e), a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para manifestação (fl. 707e).

É o relatório.

**AgInt no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.693.753 - SP
(2020/0093977-0)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S/A
ADVOGADOS : GLÁUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570
GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
ARIANE COSTA GUIMARÃES E OUTRO(S) - DF029766
MILTON DOTTA NETO - SP357669
ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692
RODRIGO MEDEIROS BEZERRA DE MELO - RN014797
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. RE 574.706/PR (TEMA 69). PRETENDIDA DELIMITAÇÃO TEMPORAL DA ABRANGÊNCIA DO JULGADO DO STF, PARA EFEITO DE AFASTAMENTO DA LITISPENDÊNCIA RECONHECIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A QUESTÃO SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, NA SEARA DO RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. ACÓRDÃO RECORRIDO, ADEMAIS, EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento, aviado contra decisão que, em Mandado de Segurança, ajuizado em 07/03/2017 – no qual se pleiteou o reconhecimento do alegado direito líquido e certo da parte agravante de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS valores a título de ICMS e ISS, a partir do advento das alterações legislativas promovidas pela Lei 12.973/2014 –, houve por bem extinguir o processo, com relação ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com base no art. 485, V, do CPC/2015, por litispendência com outro Mandado de Segurança, ajuizado antes do advento da referida Lei 12.973/2014, além do que indeferiu o requerimento de medida liminar, no que tange ao ISS, por considerar inexistente o **fumus boni iuris**. Por decisão monocrática, o Agravo de Instrumento, a princípio, foi julgado prejudicado, por perda de objeto, diante da superveniente prolação de sentença denegatória do Mandado de Segurança. Opostos Embargos de Declaração à aludida decisão monocrática, restaram eles acolhidos, para reconhecer que o julgamento da ação mandamental ocasionou apenas a perda parcial de objeto do Agravo de Instrumento, tão somente no

tocante ao pedido relativo ao ISS, restando mantido o processamento do recurso, quanto à discussão a respeito da ocorrência de litispendência, relativamente à pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. No acórdão recorrido, o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento, por considerar inafastável a litispendência reconhecida. Opostos Embargos de Declaração ao acórdão recorrido, restaram eles rejeitados. No Recurso Especial, sob alegada violação aos arts. 17, 37, §§ 1º e 3º, 485, V, e 1.022, II, do CPC/2015, e 5º, XXXV, da Constituição Federal, a parte agravante sustentou, de um lado, a nulidade do acórdão dos Embargos de Declaração, por suposta omissão não suprida pelo Tribunal de origem, e além disso, a existência de interesse processual e a não configuração de litispendência, na espécie.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

V. No caso, a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal. Dessa forma, é inviável o exame da insurgência, tal como posta, em sede de Recurso Especial, que se restringe à uniformização da legislação infraconstitucional. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.559.705/PR, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/02/2020).

VI. Ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a superveniência da Lei 12.473/2014 não altera o entendimento firmado pelo STF, na análise do Tema 69/STF, de modo que é inafastável o reconhecimento da litispendência, na espécie. Em casos análogos, os seguintes precedentes desta Corte: STJ, AgInt no AREsp 1.508.814/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/06/2020; EDcl no AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 382.055/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/12/2020.

VII. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento, aviado contra decisão que, em Mandado de Segurança, ajuizado em 07/03/2017 – no qual se pleiteou o reconhecimento do alegado direito líquido e certo da parte agravante de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS valores a título de ICMS e ISS, a partir do advento das alterações legislativas promovidas pela Lei 12.973/2014 –, houve por bem extinguir o processo, com relação ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com base no art. 485, V, do CPC/2015, por litispendência com outro Mandado de Segurança, ajuizado antes do advento da referida Lei 12.973/2014, além do que indeferiu o requerimento de medida liminar, no que tange ao ISS, por considerar inexistente o **fumus boni iuris**.

Por decisão monocrática, o Agravo de Instrumento, a princípio, foi julgado prejudicado, por perda de objeto, diante da superveniente prolação de sentença denegatória do Mandado de Segurança.

Opostos Embargos de Declaração à aludida decisão monocrática, restaram eles acolhidos, para reconhecer que o julgamento da ação mandamental ocasionou apenas a perda parcial de objeto do Agravo de Instrumento, tão somente no tocante ao pedido relativo ao ISS, restando mantido o processamento do recurso, quanto à discussão a respeito da ocorrência de litispendência, relativamente à pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

No acórdão recorrido, o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento, por considerar inafastável a litispendência reconhecida, **in verbis**:

"O ponto controvertido nos autos reside na extinção parcial do mandado de segurança (n. 0001912-90.2017.4.03.6119) em razão de litispendência. Apesar das alegações da agravante, forçoso reconhecer que a mesma não se desincumbiu do ônus de comprovar o desacerto da decisão agravada. Nesse sentido, é possível notar pelas cópias de doc. n. 713406 que os pedidos de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, efetuados no MS 0009603-10.2007.4.03.6119 e 0001912-90.2017.4.03.6119, baseiam-se na alegação de que o ICMS não compõe o faturamento de uma sociedade. Deflui disso que, sendo reconhecida tal alegação no processo mais recente, o mais antigo teria decisão idêntica, máxime porque a Lei 12.973/14 não ocasionou nenhuma alteração no contexto relativo a base de cálculo do PIS e COFINS. Esse entendimento foi assentado pela Segunda Seção desta Corte nos autos 0012173-11.2007.4.03.6105.

Somente se a Lei 12.973/14 houvesse realizado alterações na aludida base de cálculo, então seria possível reconhecer divergências entre os pedidos efetuados pelo agravante nas ações supracitadas.

Assim, inafastável a litispendência reconhecida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento" (fl. 513e)

Opostos Embargos Declaratórios ao acórdão recorrido, restaram eles rejeitados (fls. 540/555e).

No Recurso Especial, sob alegada violação aos arts. 17, 37, §§ 1º e 3º, 485, V, e 1.022, II, do CPC/2015, e 5º, XXXV, da Constituição Federal, a parte agravante sustentou, de um lado, a nulidade do acórdão dos Embargos de Declaração, por suposta omissão não suprida pelo Tribunal de origem, e além disso, a existência de interesse processual e a não configuração de litispendência, na espécie.

Sem razão, contudo.

De plano, cumpre anotar que não compete ao STJ, em sede de Recurso Especial, analisar a alegada violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência atribuída, ao STF, pelo art. 102 da Constituição Federal.

Por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

"Não assiste razão à embargante.

Os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I), de omissão (inc. II) e de erro material (inc. III).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressente de quaisquer desses vícios. Da simples leitura do julgado verifica-se que foram abordadas todas as questões debatidas pelas partes. No mais, resulta claro que a parte embargante pretende rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos.

Nesse sentido, confira-se:

(...)

Ademais, desconstituir os fundamentos da decisão embargada implicaria, in caso, em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

De qualquer sorte, acerca dos pontos específicos da irresignação da ora embargante, verifica-se do **decisum** embargado que as questões foram devidamente enfrentadas, expondo de forma clara as razões de decidir. Vejamos o que se disse sobre a temática, com amparo na jurisprudência:

'(...) Nesse sentido, é possível notar pelas cópias de doc. n. 713406 que os pedidos de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFIAIS, efetuados no MS 0009603-10.20074.03.6119 e 0001912-90.20174.03.6119, baseiam-se na alegação de que o ICMS não compõe o faturamento de uma sociedade. Deflui disso que, sendo reconhecida tal alegação no processo mais recente, o mais antigo

Superior Tribunal de Justiça

teria decisão idêntica, máxime porque a Lei 12.973/14 não ocasionou nenhuma alteração no contexto relativo a base de cálculo do PIS e COFINS.

Esse entendimento foi assentado pela Segunda Seção desta Corte nos autos 0012173-11.20074.03.6105. Somente se a Lei 12973/14 houvesse realizado alterações na aludida base de cálculo, então seria possível reconhecer divergências entre os pedidos efetuados pelo agravante nas ações supracitadas.

Assim, inafastável a litispendência reconhecida (...)'

De fato, há no acórdão embargado, expressa manifestação quanto aos fundamentos que levaram ao não provimento do recurso, abordando os dispositivos legais pertinentes e as questões levantadas pela recorrente.

Apesar das insurgências da embargante, não se prestam os embargos de declaração a rediscussão da matéria apreciada. Noutro passo, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Frise-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo dessa forma, integrar a base de cálculo das contribuições, por não ser considerado faturamento. Ora, uma vez excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pela reconhecida inconstitucionalidade dessa inclusão, independentemente da lei que a institua, qual seja, Lei 9.718/1998, 10.637/2002, 10.833/2003 ou 12.973/2014, está a decisão do STF a determinar tal exclusão.

Dessa forma, não é possível concluir que a ausência de decisão específica sobre a Lei 12.973/2014 inviabilize o exercício do direito da impetrante.

Ora, o STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão do tributo ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A matéria é constitucional e não legal.

O próprio embargante admite que as ações n. 0009603-10.20074.03.6119 e n. 0001912-90.20174.03.6119 possuem a mesma finalidade, qual seja, o direito líquido e certo de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores correspondentes ao ICMS incidentes sobre suas operações, de modo que o pedido posterior constitui apenas desdobramento do primeiro.

Por fim, quanto ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda que os embargos de declaração opostos tenham este propósito, é necessária a observância dos requisitos previstos no art. 1022 do Código de Processo Civil, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que a matéria constitucional e federal foi apreciada.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, consoante fundamentação.

É o meu voto" (fls. 542/545e).

De plano, à luz do que decidido pelo Tribunal de origem, cumpre asseverar

que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Com efeito, ao negar provimento ao Agravo de Instrumento, o Tribunal de origem ressaltou que **"os pedidos de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, efetuados no MS 0009603-10.2007.4.03.6119 e 0001912-90.2017.4.03.6119, baseiam-se na alegação de que o ICMS não compõe o faturamento de uma sociedade. Deflui disso que, sendo reconhecida tal alegação no processo mais recente, o mais antigo teria decisão idêntica, máxime porque a Lei 12.973/14 não ocasionou nenhuma alteração no contexto relativo a base de cálculo do PIS e COFINS. Esse entendimento foi assentado pela Segunda Seção desta Corte nos autos 0012173-11.2007.4.03.6105. Somente se a Lei 12.973/14 houvesse realizado alterações na aludida base de cálculo, então seria possível reconhecer divergências entre os pedidos efetuados pelo agravante nas ações supracitadas. Assim, inafastável a litispendência reconhecida"** (fl. 513e).

No acórdão dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou claro que **"a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não podendo dessa forma, integrar a base de cálculo das contribuições, por não ser considerado faturamento. Ora, uma vez excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, pela reconhecida inconstitucionalidade dessa inclusão, independentemente da lei que a institua, qual seja, Lei 9.718/1998, 10.637/2002, 10.833/2003 ou 12.973/2014, está a decisão do STF a determinar tal exclusão. Dessa forma, não é possível concluir que a ausência de decisão específica sobre a Lei 12.973/2014 inviabilize o exercício do direito da impetrante. Ora, o STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão do tributo ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. A matéria é constitucional e não legal. O próprio embargante admite que as ações 0009603-10.2007.4.03.6119 e 0001912-90.2017.4.03.6119 possuem a mesma finalidade, qual seja, o direito líquido e certo de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores correspondentes ao ICMS incidentes sobre suas operações, de modo que o pedido posterior constitui apenas desdobramento do primeiro"** (fls. 544/545e).

Assim, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015.

Nesse contexto, **"a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015"** (STJ, REsp 1.829.231/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de

01/12/2020).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. HASTA PÚBLICA. SUBAVALIAÇÃO DO BEM. DESNECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. REEXAME. SUMULA 7/STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.

1. No que tange à admissibilidade do presente recurso por violação aos arts. 489 e 1.022, ambos do CPC, verifica-se que, no ponto, não houve negativa de prestação jurisdicional, máxime porque a Corte de origem analisou de maneira adequada e suficiente as questões deduzidas pelos recorrentes.

2. Derruir a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* no sentido de que não houve a suficiência do suporte fático previsto no art. 873 do CPC, notadamente porque inexistente comprovação de eventual subavaliação do bem, demandaria o revolvimento do arcabouço fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

3. Esta Corte Superior perfilha o entendimento de que a reavaliação de bem penhorado depende da existência de elementos capazes de demonstrar a sua efetiva necessidade.

4. Alterar a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* no sentido de que não houve a comprovação da necessidade de reavaliação do bem, demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado ante o enunciado da Súmula 7 do STJ.

5. Derruir a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* no sentido de que os agravantes não lograram êxito em comprovar a alegada ofensa ao princípio da menor onerosidade, demandaria o revolvimento do arcabouço fático-probatório colacionado aos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.736.385/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 02/12/2020).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR PÚBLICO. DOENÇA OCUPACIONAL. PENSÃO MENSAL AFASTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO

EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. DANO MATERIAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não há violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, parágrafo único, II, do CPC de 2015, pois há fundamentação suficiente para amparar o acórdão recorrido.

2. Firmado o acórdão recorrido em fundamentos constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente, por si só, para manter inalterada a decisão, é ônus da parte recorrente a interposição tanto do Recurso Especial quanto do Recurso Extraordinário, ocasionando a preclusão de uma das questões e o consequente não conhecimento do recurso. Aplicação da Súmula 126 do STJ.

3. O Tribunal de origem, com base nas provas existentes, entendeu não haver comprovação do dano material. A inversão do julgado nos moldes pretendidos pela recorrente demanda revolvimento das provas, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido" (STJ, REsp 1.707.574/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, §4º, DO CPC/2015. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NA ORIGEM. NÃO VERIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXCLUSÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido" (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO

CONFIGURADA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDE COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. MULTA AFASTADA.

1. Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irresignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protetatório'. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiveram tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte agravante, não há que se falar em nulidade do acórdão dos Embargos de Declaração.

De outro lado, verifica-se que a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal.

Dessa forma, é inviável o exame da insurgência, tal como posta, em sede de Recurso Especial, que se restringe à uniformização da legislação infraconstitucional.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. **ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. RE 574.706/PR (TEMA 69). PRETENDIDA DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO JULGADO DO STF. DECISÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS OU O ICMS ESCRITURAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A QUESTÃO SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, NA SEARA DO RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO, NO CASO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.**

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora recorrida, objetivando, em síntese, a exclusão do valor do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a maior, a tal título.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. **O Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, afirmou que, 'ao apreciar o Tema 69 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no sentido de que 'O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS'e que, 'em face do decidido pela Corte Especial e considerando o comando insculpido no art. 926 do CPC – segundo o qual os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente –, o entendimento assentado pelo STF no Tema 69 deve ser aplicado inclusive ao período posterior às alterações promovidas pela Lei 12.973/2014', e, interpretando o aludido julgado do STF, firmado sob o regime da repercussão geral, dele extraiu a exegese, sob o enfoque constitucional, de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele destacado nas notas fiscais, concluindo, assim, que o acórdão recorrido não desbordara da tese jurídica firmada pela Suprema Corte.**

V. **Muito embora a alegação do Recurso Especial seja de contrariedade a dispositivos infraconstitucionais, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamentos eminentemente constitucionais. Nesse contexto, inviável a análise da questão, em**

sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Em casos análogos, os seguintes precedentes desta Corte: AgInt no REsp 1.562.910/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/06/2016; AgRg no REsp 1.130.647/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 27/05/2014; AgRg no AREsp 145.316/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/04/2013; AgRg no AREsp 35.288/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/10/2011.

VI. Em hipótese idêntica à dos presentes autos, a Segunda Turma do STJ concluiu que 'a Corte de origem apenas aplicou o precedente ao caso concreto, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal. À toda evidência, a Corte de Origem pode fazê-lo, já que não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional. Já este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, segue lógica outra: não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional. Nesse sentido: EDcl no REsp 1.191.640-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019', mesmo porque 'o precedente RE 574.706 RG / PR (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017) foi atacado por embargos de declaração Fazendários que restam ainda pendentes de julgamento onde foram levantados vários temas essenciais para o efetivo cumprimento do precedente, notadamente a questão que é objeto do presente processo (se o ICMS a ser excluído é o destacado das notas fiscais de saída das mercadorias ou o ICMS escritural a recolher) e a necessidade de modulação de efeitos tendo em vista a alteração em jurisprudência antiga e sedimentada com fortes impactos arrecadatórios' (STJ, AgInt no AREsp 1.506.713/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2019).

VII. Descabe, no caso, a majoração de honorários advocatícios, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015, haja vista não ser admitida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em Mandado de Segurança, conforme fixado na Súmula 105/STJ.

VIII. Agravo interno parcialmente provido, apenas para excluir a majoração de honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC/2015), determinada pela decisão ora agravada" (STJ, AgInt no AREsp 1.559.705/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/02/2020).

Ademais, ainda que não fosse o caso de se aplicar o supracitado óbice, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a superveniência da Lei 12.473/2014 não altera o entendimento firmado pelo STF, na análise do Tema

69/STF, de modo que é inafastável o reconhecimento da litispendência, na espécie.
Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TESE FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69/STF. ALTERAÇÃO NORMATIVA INTRODUZIDA PELA LEI 12.973/2014, QUE NÃO ALTERA O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A parte agravante não apresentou qualquer fundamento capaz de reverter as conclusões alcançadas no julgamento monocrático.

2. Com efeito, a solução adotada na decisão vergastada se amolda à jurisprudência desta Corte de Justiça, segundo a qual, **na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da Cofins. Precedentes: REsp 1.825.159/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2019 e AgInt no REsp 1.724.645/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 15.3.2019.**

3. A axiologia da *ratio decidendi* não tem o condão de permitir a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que a mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014 não reflete no resultado firmado pelo STF em sede de repercussão geral – RE 574.706/PR.

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento" (STJ, AgInt no AREsp 1.508.814/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/06/2020).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TESE FIRMADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69/STF. ALTERAÇÃO NORMATIVA INTRODUZIDA PELA LEI 12.973/2014, QUE NÃO ALTERA O ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O art. 1.022 do Código Fux é peremptório ao prescrever as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração; trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que patente a incidência do julgado em obscuridade, contradição ou omissão.

2. Na espécie, verifica-se a omissão apontada nos Aclaratórios, razão pela

Superior Tribunal de Justiça

qual faz-se necessário esclarecer que **a mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014 não reflete no resultado firmado pelo STF em sede de repercussão geral - RE 574.706/PR**. Precedentes: REsp 1.825.503/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 16.11.2020; e AgInt no AREsp 1.508.814/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 4.6.2020.

3. Embargos de Declaração opostos pela USINA BAZAN S.A. e outro acolhidos, sem efeitos infringentes" (STJ, EDcl no AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 382.055/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/12/2020).

Assim, merece ser mantida a decisão ora agravada, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AgInt no AREsp 1.693.753 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0093977-0

Número de Origem:

00019129020174036119 5008870-31.2017.4.03.0000 50088703120174030000

Sessão Virtual de 03/11/2021 a 09/11/2021

Relator do AgInt no AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S/A

ADVOGADOS : GLÁUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570

GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452

PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916

ARIANE COSTA GUIMARÃES E OUTRO(S) - DF029766

MILTON DOTTA NETO - SP357669

ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692

RODRIGO MEDEIROS BEZERRA DE MELO - RN014797

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES S/A

ADVOGADOS : GLÁUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO - SP113570

GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452

PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916

ARIANE COSTA GUIMARÃES E OUTRO(S) - DF029766

MILTON DOTTA NETO - SP357669

ADRIANO RODRIGUES DE MOURA - SP331692

RODRIGO MEDEIROS BEZERRA DE MELO - RN014797

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 10 de novembro de 2021