



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 522.357 - SP (2014/0123081-9)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : EMS S/A
ADVOGADO : LUÍS CARLOS SZYMONOWICZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 45/STJ.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdiccional.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é defeso, em reexame necessário, agravar a situação da Fazenda, pois o interesse protegido pelo mencionado instituto é o interesse público, impossibilitando, assim, a pretendida **reformatio in pejus**. Nesse sentido, o enunciado da Súmula 45/STJ: "*No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar condenação imposta à Fazenda Pública.*"

3. Agrado regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 522.357 - SP (2014/0123081-9)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : EMS S/A
ADVOGADO : LUÍS CARLOS SZYMONOWICZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo regimental interposto por EMS S/A, contra decisão de fls. 340/343, que negou provimento a seu agravo em recurso especial, pelos seguintes fundamentos: (I) inviabilidade de análise, em recurso especial, de ofensa a dispositivo da Constituição Federal, (II) ausência de contrariedade ao art. 535 do CPC e (III) impossibilidade, em reexame necessário, de agravamento da condenação da Fazenda Nacional, a teor da Súmula 45/STJ.

Em seu regimental, a parte agravante alega, em síntese, que (I) persiste a negativa de prestação jurisdicional e (II) no caso dos autos, em virtude da ampla devolutividade da remessa necessária, é admitido eventual **reformatio in pejus**, com relação à situação da Fazenda Nacional.

Requer, por fim, a reconsideração da decisão agravada para que seja conhecido e provido o recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 522.357 - SP (2014/0123081-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

Trata-se de agravo manejado por EMS S/A, contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, a, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fl. 226):

TRIBUTÁRIO. COFINS. NÃO INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Tendo a sentença apreciado matéria estranha ao presente feito, ofendendo, desse modo, as disposições dos artigos 128 e 460 do CPC, de rigor a sua redução aos termos do pedido inicial.

2. Recebida a petição de fls. 79/80 como emenda à inicial, com fulcro no artigo 516 do CPC.

3. O ICMS não deve ser incluído na base de cálculo da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário nº 240.785-2.

4. No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, a sessão foi suspensa em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF n. 437, de 24/8/2006).

5. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Remessa oficial e apelo da União desprovidos.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão de fls. 234/238.

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta ofensa aos arts. 535 e 475, I, do CPC e 195, I, b e 145, § 1º da Constituição Federal.

Sustenta, em resumo: (I) omissão no julgado, que não teria se manifestado acerca do pedido de compensação existente nos autos e (II) a necessidade, em julgamento de remessa necessária, de análise da pretendida compensação tributária pleiteada nos autos.

Contrarrazões às fls. 296/308.

É o relatório.

O recurso não prospera.

Em recurso especial não cabe invocar violação a norma constitucional, razão pela qual o presente apelo não pode ser conhecido relativamente à apontada ofensa aos arts. 195 e 145 da Constituição Federal.

Verifica-se, também, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Ademais, sobre o ponto tido por omissos, o Tribunal assim consignou no acórdão proferido em embargos de declaração (fl. 237):

Com efeito, o presente mandamus foi impetrado objetivando ver excluído o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS da base de cálculo do PIS, reconhecendo-se, ainda, o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos, a esse título, relativamente aos últimos 10 (dez) anos.

Apreciando o feito, o Juízo a quo concedeu, em parte, a segurança, para declarar inexigível a incidência da COFINS e do PIS sobre as importâncias devidas a título de ICMS. Indeferido o pleito de compensação do indébito tributário, ante a ausência de prova pré-constituída. Sentença submetida ao reexame necessário.

À vista do decisório, a União agilizou apelação, requerendo a sua reforma.

*Verifica-se, assim que a matéria devolvida à apreciação desta Corte diz respeito, tão-somente, ao direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS, **estando a matéria atinente à compensação preclusa**, ante a inexistência de recurso da impetrante nesse tocante.*

No mais, sobre a alegada violação ao art. 475, I, do CPC, sob o fundamento de que, em reexame necessário, a matéria referente à compensação tributária deveria ter sido apreciada, mesmo não tendo o próprio recorrente apresentado irresignação quanto a esta situação, tal linha de argumentação não prospera.

Isto porque o STJ tem seu entendimento pacífico no sentido de que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*defeso, em reexame necessário, agravar a situação da Fazenda, pois o interesse protegido pelo mencionado instituto é o interesse público, impossibilitando, assim, a pretendida **reformatio in pejus**. Aplicável, portanto, o enunciado da Súmula 45/STJ: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar condenação imposta à Fazenda Pública."*

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO OU ABUSIVO. NÃO CONFIGURADO. REMESSA NECESSÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS. SÚMULA 45 DO STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 326/STJ.

1. É vedado o agravamento da condenação imposta à Fazenda Pública, em sede de reexame necessário, ante a ratio essendi do teor da Súmula 45/STJ.

2. O reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC, não pode ser utilizado como mecanismo prejudicial à entidade de direito público que dele beneficiar-se-ia, porquanto manifestação do princípio inquisitório que tem como consequência o efeito translativo, que nada tem a ver com reformatio in pejus, que é manifestação do princípio do efeito devolutivo do recurso (princípio dispositivo). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1095308/AM, PRIMEIRA TURMA, DJe 27/04/2009; REsp 1089261/PR, PRIMEIRA TURMA, DJe 30/03/2009; REsp 940.367/BA, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/10/2008; REsp 764.245/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 04/08/2008; REsp 594.461/RS, SEGUNDA TURMA, DJ 24/09/2007.

[...]

6. Recurso Especial parcialmente provido para manter a sentença de primeiro grau.

(REsp 1017496/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 19/02/2010)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Em que pesem as razões expostas no regimental, conforme já asseverado, não se verificou qualquer ofensa ao art. 535 do CPC, mas sim mero inconformismo da parte com a decisão do Tribunal o que, por sua vez, não ofende o mencionado dispositivo, pois ausente omissão, contradição ou obscuridade que enseje o acolhimento da dita contrariedade.

Ademais, a teor da Súmula 45 do STJ, pacificou-se o entendimento desta Corte Superior no sentido de que "...o reexame necessário é instituto destinado a proteger o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interesse público, razão pela qual a devolutividade é restrita às questões que foram decididas em prejuízo da Fazenda Pública." (REsp 1233311/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 31/05/2011).

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0123081-9

AgRg no
AREsp 522.357 / SP

Números Origem: 00050936620074036114 200761140050937 308822 50936620074036114

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DILTON CARLOS EDUARDO FRANÇA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EMS S/A
ADVOGADO : LUÍS CARLOS SZYMONOWICZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EMS S/A
ADVOGADO : LUÍS CARLOS SZYMONOWICZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.