



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.432.460 - MT (2013/0113593-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TANNERY DO BRASIL S/A
ADVOGADO : LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS POR ÓRGÃO DIVERSO DO STF. IMPOSSIBILIDADE.

1. Esta Corte, ao interpretar o art. 27 da Lei 9.868/99, entendeu que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.
2. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.432.460 - MT (2013/0113593-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TANNERY DO BRASIL S/A
ADVOGADO : LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que conheceu do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial de Tannery do Brasil S/A (fls. 378-383, e-STJ).

A Fazenda Nacional, ora agravante, alega, em síntese:

1 – Com a máxima vênia, Excelência, a modulação de efeitos não fora VEDADA no julgamento do ERESP Nº 738.689; do voto do Ministro Teori Zavaski pode-se colher o seguinte trecho:

(...)

3 – Ora, se a ementa fala “salvo nas hipóteses excepcionais”, a modulação está excepcionalmente franqueada ao Poder Judiciário.

(...)

10 – Como se percebe, a decisão encontra-se fundamentada em mais de um argumento, sendo que o julgador justificou esmiuçadamente os motivos pelos quais estava a conceder parcialmente a segurança.

11 – Dessa forma, Excelência:

- Do ponto de vista da modulação de efeitos, cremos que ela não está VEDADA, mas pelo contrário: trata-se de via aberto ao Judiciário, embora de forma excepcional.

- O Tribunal decidiu fundamentadamente acerca da questão posta e dos motivos pelos quais emprestou eficácia prospectiva, a autorizar a medida excepcional de aplicação do Artigo 27 da Lei 9868/99.

- Como forma autônoma, aduziu ainda as razões pelas quais, naquela assentada, seria incabível a repetição do indébito.

- Analisando a profundidade do voto condutor, o Acórdão em verdade julgou parcialmente improcedente o pleito do contribuinte, dando eficácia declaratória à decisão (excluindo o ICMS da base a partir do trânsito em julgado); contudo, fez prevalecer a jurisprudência pacífica para negar o direito à repetição (condenação à restituição de valores).

12 – Para a Fazenda Nacional fica claro que houve um julgamento pelo Regional muito além da mera modulação de efeitos.

13 – A modulação serviu de argumento inicial e paralelo. (fls. 389-391, e-STJ)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pleiteia, ao final, a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do recurso à Turma.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.432.460 - MT (2013/0113593-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão, pelo que reitero o seu teor.

O Recurso Especial, interposto pela contribuinte, restringe-se à modulação temporal dos efeitos do acórdão proferido pelo TRF.

O acórdão recorrido consignou:

O pendente RE nº 240.785/MG, apontando que o STF, ao que tudo indica, poderá concluir pela inexigibilidade da exação, se, por um lado, tem a força necessária para afastar a tributação vindoura (a partir do trânsito em julgado), não a tem, entretanto, para autorizar pura e simplesmente a repetição.

Explica-se: a Lei nº 9.868/99, que, em princípio, regularia apenas o processo de controle concentrado de constitucionalidade (STF, pela via da ADIN e ADECON), assim preceitua (art. 27): *“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o [STF], por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”*.

A “modulação” da data de início ou da retroação (“ex nunc”, “ex tunc” e “pro futuro”) dos efeitos práticos de eventual declaração de inconstitucionalidade, portanto, é poder do STF, o que, conforme o caso, eliminará o direito do contribuinte à repetição do indébito, se “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” assim o indicarem (a declaração de “constitucionalidade”, noutro sentido, tem sempre efeitos “ex tunc”, perenizando, quando o caso, a presunção - antes relativa - de constitucionalidade).

Em julgamento (também pendente), contudo, o STF vai além e afirma que a “modulação” também estaria autorizada nos processos de controle de constitucionalidade pela via difusa (Recurso Extraordinário). É ler-se (Informativo STF nº 463, de ABR 2007): RE 353657/PR e RE 370682/SC.

Tal posição – a bem da verdade - não representa mais propriamente uma “novidade”:

“(…) - MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS (…).

- (...). O [STF] tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP (...).

.....
.....“

(STF, RE-AgR nº 353.508/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, T2, DJ 29/06/2007, p. 124)

A repetição, pois, reclama conclusão do julgamento dos recursos extraordinários de modo a aferir se, de fato, a inexigibilidade do tributo será mantida e, ainda, se induzirá ou não e em que medida direito à repetição: deve-se aguardar que o STF, pois, defina a data de início da eficácia de sua decisão, se retroativa (e desde quando) ou se apenas “pro futuro”.

O entendimento ora exposto mais se reforça na medida em que, lendo-se a Lei nº 9.718/98 (art. 2º e art. 3º), vê-se que ela não trata expressamente do ICMS.

Sua inclusão na base de cálculo, ao longo dos anos que precederam o recente entendimento do STF, derivava de “interpretação” que o Fisco e a jurisprudência promoviam (de modo então sereno e convergente, sumulado).

O fato novo (guinada jurisprudencial) não pode, a bem da estabilidade das relações jurídicas, retroagir a ponto de dizer inexigíveis valores que, ao tempo em que recolhidos, ninguém duvidava que assim o fossem (a hipótese é até – como acima apontado – “sumulada” [pelo ex-TFR e pelo STJ], sendo a função precípua da súmula exatamente estancar inquietudes).

O que o STF, na prática, fez – mantido o entendimento até aqui por seus membros professado – foi, em tudo, semelhante ao labor que realiza quando, no controle concentrado de constitucionalidade, finda declarando determinada “interpretação inconstitucional” sem, todavia, redução do seu texto: afirma que dada norma é constitucional desde que interpretada de tal ou qual maneira, hipótese em que a “modulação dos efeitos” é ainda mais usual, pois, como dito, norma alguma seria expurgada do mundo jurídico, seja por nulidade ou inexistência, já que a “interpretação conforme sem redução de texto” a tanto não chega, mantendo-se a constitucionalidade da norma em si, eliminando-se tão-somente a reputada interpretação dissonante (fala-se, portanto, em constitucionalidade condicionada a certa interpretação).

Não há falar, assim, por agora ao menos, em repetição do indébito e, de conseqüência, em definir consectários e limitações ao futurível acerto de contas dos recolhimentos pretéritos (prazo decadencial ou prescricional, indexadores...), sendo possível, apenas, assegurar, como se assegura (e só a partir do trânsito em julgado desta decisão), o afastamento do ICMS das respectivas bases de cálculo dos tributos em comento.

Este, no ponto, o precedente paradigma mais atual:

(...)

A questão da decadência/prescrição resta prejudicada em razão da lógica acima exposta: não há indébitos a repetir ou compensar, a eficácia da decisão não é retroativa, apenas para o futuro (fatos geradores a partir do trânsito em julgado).

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO, em parte, aos embargos de declaração da FN para, sanando aparente contradição, com efeitos infringentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alterar o dispositivo do julgado embargado para ***“DAR PROVIMENTO, em parte, à apelação do impetrante, para, reformando a sentença, CONCEDER, em parte, a segurança, apenas para EXIMIR a autora da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, a partir do trânsito em julgado desta decisão.”*** (fls. 214-215, e-STJ, grifos no original)

O STJ possui orientação no sentido de que a modulação dos efeitos da decisão judicial está disciplinada no art. 27 da Lei 9.868/1999, ou seja, de que somente o STF detém competência para analisar a matéria quando a controvérsia tiver por objeto questão constitucional. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - MODULAÇÃO DE EFEITOS - IMPOSSIBILIDADE.

1. Esta Corte, ao interpretar o art. 27 da Lei 9.868/99, entendeu que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

2. Precedentes de ambas as turmas.

3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido no capítulo referente à restituição do indébito tributário, com determinação de retorno dos autos à origem para novo julgamento.

(REsp 1184895/MG, Relatora Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 11/05/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA A ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. LEGALIDADE DOS LIMITES À COMPENSAÇÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A mais recente orientação desta Corte é a que deve prevalecer, pois a lei que rege a compensação é a vigente no momento em que se realiza o encontro de contas, e não aquela em vigor na data em que se efetiva o pagamento indevido. Sobrevindo as Leis 9.032/95 e 9.129/95, as quais, com supedâneo no art. 170 do Código Tributário Nacional, passaram a estipular novas condições à compensação das contribuições para a Seguridade Social arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, tais leis devem ser imediatamente aplicadas a todas as compensações até então não efetuadas.

2. No tocante à questão referente à não-aplicação retroativa da nova orientação desta Corte, a Primeira Seção/STJ, ao apreciar os EREsp 738.689/PR (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.10.2007), firmou orientação no sentido de que, "salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a 'modulação temporal' de suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados".

3. Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp 1089940/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. TIP. TCLLP. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO. CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI 9.868/1999. EFICÁCIA EX NUNC. INVIABILIDADE. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM.

1. Hipótese em que o Tribunal a quo reconheceu a inconstitucionalidade e a ilegalidade do lançamento do IPTU, da TIP e da TCLLP, pelo sistema de alíquota progressiva, mas indeferiu o pedido de repetição do indébito, ante a aplicação de efeito ex nunc à declaração de inconstitucionalidade da norma.

2. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, somente o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, pode atribuir eficácia ex nunc à declaração de inconstitucionalidade de lei.

3. Comprovada a ilegalidade da cobrança, o contribuinte tem direito à devolução dos valores pagos indevidamente.

4. Embargos Declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que decida sobre o pedido de repetição do indébito.

(EDcl no AgRg no REsp 636.261/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 24/09/2009)

Assim sendo, o acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de refutar a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 por órgão diverso do Supremo Tribunal Federal

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.** .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0113593-4

AgRg no
Ag 1.432.460 / MT

Números Origem: 00724502420104010000 1162134 200736010002855 200900419037 200901993498
2854520074013601 724502420104010000

PAUTA: 24/02/2015

JULGADO: 24/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TANNERY DO BRASIL S/A
ADVOGADO : LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : TANNERY DO BRASIL S/A
ADVOGADO : LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.