

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.601.604 - MG (2016/0129512-6)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : SPACE TECH INDUSTRIA COMERCIO IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMATICA EIRELI
ADVOGADOS : FLÁVIO CORRÊA REIS - MG075179
JOAO CARLOS DE PAIVA E OUTRO(S) - MG047822
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LIMITAÇÃO PROMOVIDA PELO TRIBUNAL A QUO. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MANTIDA.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido de liminar contra ato de competência do Delegado da Receita Federal do Brasil em Varginha tendo por objeto controvérsia relativa à exclusão do ICMS e/ou ISSQN das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Na sentença, a segurança foi denegada. No Tribunal de origem, a sentença foi parcialmente reformada, para concessão, em parte, da segurança pleiteada.

II - O agravo interno não merece provimento, não sendo as razões nele aduzidas suficientes para infirmar a decisão recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

III - A análise da limitação promovida pelo Tribunal a quo, em função da modulação promovida no RE n. 574.706/PR, restringindo assim a repetição do indébito, foi efetivada com esteio em fundamento constitucional, o que inviabiliza o presente recurso. Neste panorama, destacam-se os seguintes julgados: AgInt no AREsp n. 1682367/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 8/3/2021, DJe 15/3/2021; AgInt no AREsp n. 1.543.928/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/4/2020, DJe 27/4/2020).

IV - Agravo interno improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 20 de setembro de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

GMFCF20
REsp 1601604 Petição : 401234/2022

C5424255156612864115<@
2016/0129512-6

C425918891561132212381@
Documento

22/09/2022
15:43:28
Página 2 de 2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1601604 - MG (2016/0129512-6)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : SPACE TECH INDUSTRIA COMERCIO IMPORTAÇÃO,
EXPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMATICA
EIRELI
ADVOGADOS : FLÁVIO CORRÊA REIS - MG075179
JOAO CARLOS DE PAIVA E OUTRO(S) - MG047822
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LIMITAÇÃO PROMOVIDA PELO TRIBUNAL *A QUO*. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MANTIDA.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido de liminar contra ato de competência do Delegado da Receita Federal do Brasil em Varginha tendo por objeto controvérsia relativa à exclusão do ICMS e/ou ISSQN das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Na sentença, a segurança foi denegada. No Tribunal de origem, a sentença foi parcialmente reformada, para concessão, em parte, da segurança pleiteada.

II - O agravo interno não merece provimento, não sendo as razões nele aduzidas suficientes para infirmar a decisão recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

III - A análise da limitação promovida pelo Tribunal *a quo*, em função da modulação promovida no RE n. 574.706/PR, restringindo assim a repetição do indébito, foi efetivada com esteio em fundamento constitucional, o que inviabiliza o presente recurso. Neste panorama, destacam-se os seguintes julgados: AgInt no AREsp n. 1682367/RS, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 8/3/2021, DJe 15/3/2021; AgInt no AREsp n. 1.543.928/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/4/2020, DJe 27/4/2020).

IV - Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

Na origem, trata-se de mandado de segurança preventivo com pedido de liminar ajuizado por Space Tech Indústria Comércio Importação e Exportação de Equipamentos de Informática Ltda. contra ato de competência do Delegado da Receita Federal do Brasil em Varginha tendo por objeto controvérsia relativa à exclusão do ICMS e/ou ISSQN das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Na sentença, a segurança foi denegada. No Tribunal de origem, a sentença foi parcialmente reformada, para concessão, em parte, da segurança pleiteada, conforme a seguinte ementa de acórdão:

EXCLUSÃO DO ICMS E/OU ISSQN DAS BASES PIS E/OU COFINS - RE N. 240.785/MG.

1- A retomada do curso das ações relativas à exclusão do ISSQN e/OU ICMS DAS bases de, cálculo do PIS e/ou COFINS deriva do vencimento do prazo de suspensão (e prorrogação) tratado na MC-ADC n. 18/DF (STF). Precedente (TRF1/S4): EIAC n. 2006.38.06.004793-7/MG.

2 - Em guinada jurisprudencial interpretativa capitaneada pelo STF, (RE n. 240.785/MG, pendente), tem-se que, a prevalecer a "ratio essendi" do voto do relator (Min MARCO AURÉLIO), como até aqui a maioria formada indica, também, o ISSQN, tributo não federal (CF88), não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte, mas, sim, do ente público tributante ao qual pertence, não estando contida, então, no conceito de faturamento nem no de receita bruta, fora, portanto, da base de cálculo do PIS (Lei nº 9.715/98), mas "ônus" do sujeito passivo, não, recurso, que lhe pertença adveniente de operações de venda ou de prestação. de serviços (riquezas tributáveis, fatos geradores).

3 - Não se, trata de afastar normas do PIS por suposta inconstitucionalidade, que atrairiam, se e quando, o art. 97 da CF/88, mas de compreender a real natureza do conceito "legal" de renda, de faturamento e do ISSQN/ICMS, tomando como norte a literalidade que deriva do art. 110 do CTN.

4 - O pendente RE n. 240.785/MG, 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 de já a repetição, dada a potencial modulação temporal pelo STF (art. 27 da Lei nº 9.868/199, c/c RE n. 353657/PR), reclamando, a possível repetição (restituição e/ou compensação), a conclusão do julgamento paradigma, já inclusive, por culto ao prévio trânsito em julgado exigido pelos art. 170-A, do CTN e art. 100 da CF/88, atendida, em reforço de argumento, a prescrição/decadência como elucidada pelo STF (RE n. 566.621/RS).

5- Apelação provida em parte: segurança concedida em parte.

Foram rejeitados os embargos declaratórios opostos.

No recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 165, 458 e 535, I e II, do CPC/1973, afirmando, em síntese, que o Tribunal *a quo*, incidiu em omissão não prestando a prestação jurisdicional integral.

Indicou ainda a violação dos arts. 3, 9,I, 97, I, II, II, IV, § 1º, 113, 114, 167 e 174, parágrafo único, todos do CTN; arts. 128 e 460, parágrafo único, do CPC/1973 e art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

Sustentou, em síntese, o recorrente que tendo o Tribunal *a quo* reconhecido a indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, de acordo com o julgamento no STF do RE n. 240.785/MG e RE n. 574.706/PR, não poderia ter suprimido o direito à restituição dos valores já recolhidos.

Apresenta arestos do STJ e de outros pretórios.

Pugna pela anulação do julgado recorrido que rejeitou os embargos de declaração ou pelo julgamento do mérito, com o reconhecimento da inexigibilidade *ex tunc* do tributo e consequente repetição do indébito na forma postulada na inicial.

A decisão recorrida tem o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do recurso especial."

Interposto agravo interno, a parte agravante traz, resumidamente, os seguintes argumentos:

Como se vê, por não saber se o STF realizaria a modulação de efeitos da decisão tomada no RE 240.785/MG, a Corte Local estabeleceu que a Agravante somente poderia excluir o ICMS da base de cálculo de PIS/COFINS a partir do trânsito em julgado da demanda. Em outras palavras, como não havia modulação de efeitos por parte do STF, a Sétima Turma do TRF-1 criou a sua própria modulação. Perceba-se: a Corte Local não aplicou a modulação de efeitos determinada no RE 574.706(posto que sequer havia decidida a modulação pelo STF), antes inventou –e o fez sem qualquer fundamento constitucional. Ora, ao assim proceder, a Corte Local violou de forma patente o art. 27 da Lei 9.868/99. Afinal, somente o Supremo Tribunal Federal pode determinar a modulação de efeitos de decisões judiciais.

[...]

E, de fato, reconhecida a inconstitucionalidade de tributo, não se pode negar ao contribuinte o direito de reaver o que foi pago indevidamente sem decisão do STF determinando a modulação de efeitos –como não havia na época. Ao negar esse direito ao contribuinte, gerando o enriquecimento sem causa do fisco, a Corte Local viola de forma clara os arts. 165 e 167 do CTN, bem como os arts. 884 e 885 do CC/02. Por fim, vale relembrar que a Corte Local também violou diversos dispositivos processuais, especialmente os arts. 458 e 535, incisos I e II, do CPC/73 –cuja violação, inclusive, foi reconhecida pelo Presidente do TRF-1 na decisão que determinou o seguimento do Recurso Especial da Agravante (e-STJ Fl.1187).

A parte agravada foi intimada para apresentar impugnação.

É o relatório.

VOTO

O agravo interno não merece provimento, não sendo as razões nele aduzidas suficientes para infirmar a decisão recorrida, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conforme restou consignado, a análise da limitação promovida pelo Tribunal *a quo*, em função da modulação promovida no RE n. 574.706/PR, restringindo assim a repetição do indébito, foi efetivada com esteio em fundamento constitucional, o que inviabiliza o presente recurso.

Neste panorama, destacam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574.706/PR. TEMA 69 DE REPERCUSSÃO GERAL. LIMITAÇÃO EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.973/2014. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DA MATÉRIA, NO MÉRITO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara Agravo em Recurso Especial interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, objetivando a exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, assegurando-se o direito à compensação do indébito. O Juízo singular denegou a segurança. O Tribunal de origem, em juízo de retratação, deu provimento à Apelação, limitando, porém, os efeitos da exclusão à

entrada em vigor da Lei 12.973/2014.

III. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia, acerca da limitação dos efeitos do precedente firmado no Recurso Extraordinário 574.706/PR (Tema 69 de repercussão geral) à vigência da Lei 12.973/2014, sob o enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a análise da questão, no mérito, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedente do STJ.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1682367/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2021, DJe 15/03/2021.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE A ABRANGÊNCIA DO JULGADO. LIMITAÇÃO À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.973/2014. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. Não cabe a este Superior Tribunal de Justiça emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (RE nº 574.706 RG / PR), colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional. Efetivamente, no presente caso, calcado o julgamento na aplicação da Lei 12.973/2014, esta somente poderia ser afastada se o fosse declarada inconstitucional por arrastamento, coisa que este Superior Tribunal de Justiça não pode realizar em recurso especial. Por outro lado, pende no STF o exame da modulação de efeitos que pode também limitar expressamente a eficácia do precedente à data de vigência da Lei n. 12.973/2014 ou a outra data a ser definida.

2. Esse novo conflito entre o contribuinte e o fisco não pode ser dirimido dentro de recurso especial já que diz respeito à interpretação constitucional do precedente no RE n. 574.706 RG / PR, lavrado pelo STF. Nesse sentido há precedente desta Casa para situação análoga onde reconhecida a impossibilidade do STJ avançar sobre o referido julgado do STF (EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.543.928/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/04/2020, DJe 27/04/2020.)

Ante o exposto, não havendo motivos para se alterar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2016/0129512-6

**AgInt no
REsp 1.601.604 / MG**

Números Origem: 00011678620124013809 11678620124013809

PAUTA: 20/09/2022

JULGADO: 20/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SPACE TECH INDUSTRIA COMERCIO IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO
DE EQUIPAMENTOS DE INFORMATICA EIRELI

ADVOGADOS : FLÁVIO CORRÊA REIS - MG075179
JOAO CARLOS DE PAIVA E OUTRO(S) - MG047822

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : SPACE TECH INDUSTRIA COMERCIO IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO
DE EQUIPAMENTOS DE INFORMATICA EIRELI

ADVOGADOS : FLÁVIO CORRÊA REIS - MG075179
JOAO CARLOS DE PAIVA E OUTRO(S) - MG047822

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

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 interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.