



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1848615 - SP (2019/0340857-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : VIACAO GALO DE OURO TRANSPORTES LTDA
ADVOGADA : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. TRIBUNAL DE ORIGEM. MANIFESTAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória" (REsp 1.110.925/SP, repetitivo, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009).
2. Hipótese em que o Tribunal de origem deve se manifestar acerca da existência ou não de prova pré-constituída a demonstrar a efetiva inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, hábil a ensejar, portanto, o conhecimento da exceção de pré-executividade.
3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/02/2023 a 13/02/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 13 de fevereiro de 2023.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1848615 - SP (2019/0340857-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : VIACAO GALO DE OURO TRANSPORTES LTDA
ADVOGADA : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. TRIBUNAL DE ORIGEM. MANIFESTAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória" (REsp 1.110.925/SP, repetitivo, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009).
2. Hipótese em que o Tribunal de origem deve se manifestar acerca da existência ou não de prova pré-constituída a demonstrar a efetiva inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, hábil a ensejar, portanto, o conhecimento da exceção de pré-executividade.
3. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela VIAÇÃO GALO DE OURO TRANSPORTES LTDA. contra decisão em que acolhi os embargos de declaração opostos pela FAZENDA NACIONAL para, "atribuindo-lhes efeitos infringentes, suprir a omissão e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de, além de afastar a multa aplicada quando do julgamento dos embargos de declaração, cassar o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para reexame da matéria nos termos da fundamentação" (e-STJ fl. 375).

Sustenta a parte agravante, em essência, que "a exclusão do ICMS

da base de cálculo do PIS e da COFINS não demanda nenhuma dilação probatória, bastando que o Fisco Federal realize a adequação das CDA's objetos da execução fiscal por meio de meros cálculos aritméticos. Portanto, tampouco há falar em reexame de fatos e provas, tendo em vista se tratar somente de matéria de direito" (e-STJ fl. 381).

Impugnação às e-STJ fls. 392/394.

É o relatório.

VOTO

Não obstante os argumentos expendidos pela parte agravante, a decisão agravada merece ser mantida.

O recurso especial tem origem em agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade oposta pela ora agravante. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento ao recurso.

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fls. 207/212):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPROVADA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. BACENJUD. MENOR ONEROSIDADE. PONDERAÇÃO. UTILIDADE DA EXECUÇÃO.

1. A execução fiscal versa sobre tributos declarados pelo contribuinte, embora não pagos, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da decadência, conforme o teor da Súmula 436/STJ.

2. A exigência fiscal refere-se a débitos de PIS e de COFINS que, embora possuam vencimento entre julho/2011 a dezembro/2013, foram declarados em DCTF transmitido pelo contribuinte apenas em agosto/2014. Assim, não se verifica a prescrição, tendo em vista o ajuizamento da execução fiscal em 13/03/2017, com a prescrição interrompida, nos termos da nova redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174 do CTN, pelo despacho que determinou a citação, em 16/03/2017.

3. A menor onerosidade não pode ser invocada como cláusula de impedimento à penhora de outro bem além daquele nomeado no exclusivo interesse do devedor, mas, pelo contrário, deve ser interpretada - sempre à luz dos princípios que regem o processo, e o executivo fiscal em específico - como instrumento de afirmação do equilíbrio na execução, daí porque caber, se não observado o artigo 11 da Lei 6.830/1980, a impugnação da Fazenda Nacional, na tentativa de adequar a garantia à realidade do devedor e da própria execução, que não pode ser excessiva para um, nem frustrante para outro.

4. Houve nomeação pela executada de bem imóvel, que se situa na quarta posição na ordem de preferência do artigo 11, LEF, o que prova, por si, que não houve ilegalidade na decisão agravada, sendo válida a recusa pela exequente, motivada na dificuldade de alienação, localização distante, valor ínfimo diante da dívida executada e na sua imprestabilidade como garantia da dívida, não sendo tais alegações impugnadas pela executada.

5. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014, confirmado pela Suprema Corte, quando da conclusão do

julgamento do RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 02/10/2017, dotado de repercussão geral. Desta forma, diante do julgamento de inconstitucionalidade dotado de repercussão geral, e da presunção de legitimidade e constitucionalidade da norma vigentes no período dos fatos geradores, que ensejaram a possível incidência das contribuições sobre o ICMS, necessário que a PFN promova a revisão do débito executado, a fim de que tais parcelas sejam excluídas.

6. Agravo de instrumento provido em parte.

Na hipótese, consignou o Tribunal de origem, no que interessa (e-STJ fls. 207/212):

Por fim, sobre a alegação de indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014, "in verbis":

[...] Tal posicionamento foi confirmado pela Suprema Corte, quando da conclusão do julgamento do RE 574.706, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 02/10/2017, dotado de repercussão geral, assim ementado:

[...] Desta forma, diante do julgamento de inconstitucionalidade dotado de repercussão geral, e da aplicação geral e irrestrita das normas declaradas inconstitucionais no período dos fatos geradores, que ensejaram a possível incidência das contribuições sobre o ICMS, necessário que a PFN promova a revisão do débito executado, a fim de que tais parcelas sejam excluídas.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Em seu recurso especial, a Fazenda Nacional discute o cabimento da exceção de pré-executividade por ausência de prova pré-constituída, e não a incidência do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória" (REsp 1.110.925/SP, repetitivo, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009). No mesmo sentido: REsp 1.136.144/RJ, repetitivo, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/02/2010.

Ainda nesse sentido é o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DE INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS NÃO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA PARA FINS DE DECOTE NA CDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

1. Esta Corte já se manifestou acerca do cabimento de exceção de pre-executividade para discutir constitucionalidade de tributo. Contudo, não foi

por contrariar essa assertiva que o acórdão recorrido não conheceu do pleito. O que ocorreu no caso dos autos foi o reconhecimento da impossibilidade de conhecimento da exceção de pré-executividade em razão da necessidade de dilação probatória a fim de corroborar o acolhimento do excesso de execução, eis que não demonstrado o recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS nas competências exigidas com a inclusão do ICMS sobre as contribuições referidas, ou seja, não foi trazido aos autos os documentos necessários a evidenciar o acréscimo desarrazoado para análise de eventual nulidade do título que goza de presunção de liquidez e certeza.

2. É cediço nesta Corte que eventual reconhecimento de parcela inconstitucional de tributo incluída na CDA não invalida todo o título executivo (REsp 1.115.501/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC), permanecendo parcialmente exigível a parcela não eivada de vício, não havendo sequer necessidade de emenda ou substituição da CDA. Em casos que tais, esta Corte tem autorizado o chamado "decote" na CDA, sobretudo em casos que demandam meros cálculos aritméticos.

3. Se até mesmo nos casos de embargos à execução fiscal tem sido exigida a memória de cálculos e demonstrativo do excesso de execução para fins de recebimento dos embargos (AgRg no REsp 1.453.745/MG, Primeira Turma, DJe 17/04/2015), quanto mais a exceção de pré-executividade deve ser instruída com prova pré-constituída do pagamento da parcela inconstitucional do tributo para fins de possibilitar o decote na CDA, o que não ocorreu na hipótese, conforme declinado pelo acórdão recorrido, não possível abrir prazo para juntada de tais documentos posteriormente, haja vista o descabimento de dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade consoante orientação adotada no REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.704.550/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).

In casu, em exceção de pré-executividade, insurgiu-se a parte ora recorrida quanto à base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, na forma em que exigidas na execução fiscal, alegando que teria sido indevidamente computado o ICMS, em desacordo com o entendimento firmado pela Suprema Corte, no regime da repercussão geral, nos autos do RE 574.706/PR, que constitui o Tema 69.

O Tribunal de origem, sem discorrer acerca da existência ou não de prova pré-constituída a demonstrar a efetiva inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em tela, manifestou-se pelo cabimento da exceção de pré-executividade, muito embora o tema não se apresente de ordem pública (má formação da CDA por equívoco na base de cálculo adotada, por exemplo).

Nesse contexto, conforme consignado na decisão agravada, impõe-se o provimento do recurso especial, a fim de que o Tribunal de origem examine o feito, observando-se a orientação jurisprudencial desta Corte Superior.

Por último, deixo de aplicar a sanção prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 por não vislumbrar caráter manifestamente inadmissível ou improcedente no manejo do presente recurso.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt nos EDcl no REsp 1.848.615 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0340857-2

Número de Origem:

00011834320174036126 11834320174036126 50191367720174030000

Sessão Virtual de 07/02/2023 a 13/02/2023

Relator do AgInt nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : VIACAO GALO DE OURO TRANSPORTES LTDA

ADVOGADA : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - DÍVIDA ATIVA (EXECUÇÃO FISCAL)

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : VIACAO GALO DE OURO TRANSPORTES LTDA

ADVOGADA : PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/02/2023 a 13/02/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 14 de fevereiro de 2023