



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1909066 - SE (2020/0324563-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : FARMAC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
ADVOGADO : RICARDO ALCANTARA MACHADO - SE002876

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. TESE FIRMADA PELO STF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. FATO NOVO. OCORRÊNCIA.

1. Aos embargos de declaração podem ser dados efeitos infringentes quando ocorrer fato novo capaz de influir no julgamento da lide.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o fato superveniente só pode ser considerado na hipótese de conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu na espécie.
3. *In casu*, a modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos embargos de declaração no RE n. 574.706, em 13/05/2021, que definiu a questão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tem o efeito de alterar o acórdão proferido pela Corte a quo, tendo em vista que a ação foi proposta em 19/02/2018.
4. Embora o fato superveniente não possa ser examinado no STJ em razão do não conhecimento do recurso, é necessário que os autos retornem ao Tribunal a quo para que seja feita a adequação do seu julgado ao decidido pela Suprema Corte.
5. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Impedido o Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 19 de outubro de 2021.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1909066 - SE (2020/0324563-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : FARMAC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
ADVOGADO : RICARDO ALCANTARA MACHADO - SE002876

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. TESE FIRMADA PELO STF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. FATO NOVO. OCORRÊNCIA.

1. Aos embargos de declaração podem ser dados efeitos infringentes quando ocorrer fato novo capaz de influir no julgamento da lide.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o fato superveniente só pode ser considerado na hipótese de conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu na espécie.
3. *In casu*, a modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos embargos de declaração no RE n. 574.706, em 13/05/2021, que definiu a questão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tem o efeito de alterar o acórdão proferido pela Corte a quo, tendo em vista que a ação foi proposta em 19/02/2018.
4. Embora o fato superveniente não possa ser examinado no STJ em razão do não conhecimento do recurso, é necessário que os autos retornem ao Tribunal a quo para que seja feita a adequação do seu julgado ao decidido pela Suprema Corte.
5. Embargos de declaração acolhidos.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 569):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVADE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. INTERPRETAÇÃO DE TESE FIRMADA PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. TRÂNSITO EM JULGADO. AGUARDO. DESNECESSIDADE.

1. Inexiste ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem se manifesta de modo fundamentado acerca das questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, porquanto julgamento desfavorável ao interesse da parte não se confunde com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
2. A luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.
3. Tem natureza constitucional a controvérsia inerente à interpretação da tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da repercussão geral e o respectivo julgamento, sendo certo que, relacionando-se o debate com a forma de execução do julgado do Supremo, não poderia outro tribunal, em princípio, ser competente para solucioná-lo.
4. Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido, pois o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, interpretando a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu ser o ICMS destacado na nota fiscal a parcela de tributo a ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
5. Desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706, pois as Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm orientação jurisprudencial pacífica pela dispensa dessa providência.
6. Agravo interno desprovido.

Em suas razões, a parte embargante aduz que há necessidade de anular o acórdão regional "a fim de que haja adequação do julgado ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração no RE 574706, no dia 13.05.2021" (e-STJ fl. 579).

Decorrido, *in albis*, o prazo para impugnação (e-STJ fl. 587).

É o relatório.

VOTO

De início, cumpre observar que a parte embargante pretende que seja anulado o acórdão proferido pela Corte *a quo* em razão da ocorrência de fato novo (julgamento dos embargos de declaração no RE n. 574.706, em 13/05/2021, pelo STF).

Na hipótese dos autos, no julgamento do RE n. 574.706, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. O acórdão foi assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República,

cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Opostos embargos de declaração, estes foram julgados somente em 13/05/2021, ocasião em que a Corte Constitucional modulou os efeitos do julgado embargado, nestes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E *ERGA OMNES*. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Pois bem, cumpre observar que aos embargos de declaração podem ser dados efeitos infringentes quando ocorrer fato novo capaz de influir no julgamento da lide. Vejamos o que prescreve o art. 462 do CPC/2015:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o fato superveniente só pode ser considerado na hipótese de conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu na espécie, tendo em vista que, no julgado recorrido, entendeu que, "quanto à base de cálculo a ser considerada para a exclusão do ICMS, deve-se reconhecer ter natureza constitucional qualquer controvérsia inerente à interpretação da tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da repercussão geral e respectivo julgamento, sendo certo que, relacionando-se o debate com a forma de execução do julgado do Supremo, não poderia

outro tribunal, em princípio, ser competente para solucioná-lo".

Contudo, na hipótese dos autos, a modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal tem o efeito de alterar o acórdão proferido pela Corte *a quo*, tendo em vista que a ação foi proposta em 19/02/2018.

Portanto, embora o fato superveniente não possa ser examinado no STJ em razão do não conhecimento do recurso, é necessário que os autos retornem ao Tribunal *a quo* para que seja feita a adequação do seu julgado ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos de declaração no RE n. 574.706.

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de declaração para reconhecer a existência de fato novo capaz de influir no julgamento da lide e determino a devolução dos autos ao Tribunal *a quo* para que proceda ao juízo de adequação do julgado à modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração no RE n. 574.706.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

EDcl no AgInt no REsp 1.909.066 / SE
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0324563-8

Número de Origem:

08005860920184058500 8005860920184058500

Sessão Virtual de 13/10/2021 a 19/10/2021

Relator dos EDcl no AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5)

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : FARMAC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA

ADVOGADO : RICARDO ALCANTARA MACHADO - SE002876

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO : FARMAC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA

ADVOGADO : RICARDO ALCANTARA MACHADO - SE002876

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Impedido o Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 20 de outubro de 2021